FISICHELLA

Della obbligazioni naturali

1889

DELLE

OBBLIGAZIONI NATURALI

SAGGIO CRITICO

DEL

CAN. FRANCESCO FISICHELLA

Prof. Straordinario

nella R. Università di Messina.

Estratto dall' **Antologia Giuridica**

Anno III, Fasc. III-IV.

CATANIA

TIPOGRAFIA DI FRANCESCO MARTINEZ

Largo Spirito Santo, casa Longo

1889.

DELLE

OBBLIGAZIONI NATURALI

SAGGIO CRITICO

DEL

CAN. FRANCESCO FISICHELLA

Prof. Straordinario

nella R. Università di Messina.

Estratto dall' **Antologia Giuridica**
Anno III, Fasc. III-IV.

CATANIA

TIPOGRAFIA DI FRANCESCO MARTINEZ

Largo Spirito Santo, casa Longo

1889.

DELLE

OBBLIGAZIONI NATURALI

§ 1.

Come e perchè le obbligazioni naturali divengano civili.

1. Il concetto di *obbligazione* è essenzialmente correlativo al concetto di *diritto*; fra gli uomini l' uno non può essere concepito senza dell' altro. Qualunque siasi la genesi dell' obbligazione, se non è generata da un diritto corrispettivo, com' io ritengo, è insieme ad esso congenerata, il che non si nega da nessuno.—Ciò sin d'ora fa comprendere il significato che si dà alla parola « obbligazione », un significato, cioè, eminentemente giuridico, che non si confonde col dovere puramente etico, a cui perciò non corrisponde un diritto.

L' obbligazione o il dovere giuridico ha la stessa realtà obbiettiva che ha il diritto che è « *reale proporzione tra uomo ed uomo* » come concepivala l' *Alighieri*; inerente all' uomo, risultato necessario della natura umana, della sua finalità, dei suoi rapporti necessari con gli uomini e con le cose. – Si rivela nella coscienza umana, la ragione lo vede, l' analizza, lo afferma, lo svolge. « *Non dalle XII Tavole o dall' editto del pretore*, ~~*nè dalle XII tavole*~~, *ma al tutto dall' intima filosofia devesi attingere la disciplina del diritto* (1).

Esso s' impone all' umana volontà sia individua che sociale, per virtù propria, pel suo imperio naturale, ch' è l'impero della mentalità dell'assoluto nell'universo; e infinitamente si subbiettivizza nell'assoluto, somma personalità, ch'è il solo *a se*, e finitamente nella personalità degli esseri intelligenti e liberi che mirabilmente

(1) Cic. De legib. I.

partecipano dell' infinito, e sono quindi *per sè*, o *persone*. Diritto, obbligazione, legge, non sono fattura umana, non sono figlie della volontà umana, o dei poteri umani; sono realtà obbiettiva e naturale. Divine nella loro genesi, si rivelano nella coscienza umana, la ragione le conosce e le deduce. « *Est quidem vera lex ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, quae vocat ad officium iubendo, vetando a fraude deterreat. Huic legi nec abrogari fas est, neque derogari ex hac aliquid licet; nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc alia posthoc, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit unusque erit communis quasi magister et imperator omnium, Deus* ». (1).

2. Con ciò non vuolsi certo significare che questa legge reale ed obbiettiva è data ad ognuno intenderla e conoscerla in tutta la sua ampiezza ed in tutte le sue ultime conseguenze. Per quanto fulgore si ha nei suoi massimi principii, che immediatamente si rivelano alla mente umana, per altrettanto difficile si è affermarne gli ultimi corollari. Quanto più la riflessione umana vi piglia parte, quanto più ci allontaniamo dai primi principii, tanto più è facile l' errore, tanto più la parvenza del vero si scambia colla sua realtà; l' errore che non è possibile nell' intuito, è facile nella riflessione, ed è tanto più facile quanto più remote sono le conseguenze, a cui si deve venire, e quanto più complessi sono gli elementi in esame da cui deve ricavarsi un canone di giustizia. I diritti umani non si possono abbandonare alla coscienza individuale degli uomini, la cui maggioranza inculta e assorbita dagli affari, distratta dagli svariati bisogni della vita, non sarebbe adatta a conoscerli in tutte le forme possibili in cui essi si rivelano nella vita pratica. E poi le passioni umane darebbero tanti diritti, quanti interessi egoistici vi sono negl' individui. La coscienza universale, aiutata dalla scienza, sarebbe un mezzo più adatto a raggiungere la nozione esplicita dei diritti e dei corrispettivi doveri, ma ecco un' autorità che s' impone alla mente degl' individui, autorità non arbitraria, razionale, imponente; ma non basterebbe allo scopo. La coscienza umana dev'essere interpretata, com' eco in cui si rispecchia l' ordine reale del giusto; e questa eco non deve disgiungersi dall' attento esame

(1) Cic. *De Rep.* III, cap. XXI.

dell' ordine reale di giustizia, riflesso a sua volta dalla natura degli esseri, dai loro rapporti e dalla loro teleologia. E la diversità di queste interpretazioni ci mostra pur troppo che non sempre si è colto nel segno; la verità non può esser che una; la legge non può essere che una. perchè una è nella sua obbiettività, una dev'essere nella sua affermazione, e una per tutti, così si ha l'eguaglianza fra gli uomini; e in questa *aequalitas* o *equitas* sta principalmente la giustizia, che più nella eguaglianza reale della quantità e della qualità dei beni attribuibili, consiste nell' *unità* eternamente eguale della loro misura. Fra la diversità, e spesso contrarietà, delle affermazioni circa i diritti umani è necessario che un *potere* li *affermi*, perchè siano riconosciuti da tutti quanti compongono una determinata società. Comunque si chiami questo potere, qualunque siano i modi per cui esso si costituisca e si affermi, coadiuvato dalla scienza della storicità del diritto, con l'autorità di cui è investito, afferma i diritti; e quest'affermazione ha forza di legge. Lo stato, quest'organo del diritto, è potere legislativo, *il quale* non deve che interpretare la legge della natura; e la sua interpretazione è autoritativa. Senza di esso si avrebbe l'anarchia intellettuale intorno i diritti, e l'anarchia reale nella vita. D'altronde la scienza e la coscienza non sono state mai sole nelle affermazioni di questa legge. Mosè, Licurgo, Solone, Numa, Consoli, Senato, Tribuni, Pretori, Imperatori, ecc. ecc.; sono stati interpreti autoritativi di essa, ora in nome di Dio, ora in nome del potere, legittimo o no, che s' incarna in loro, ora in nome della scienza che in loro viene riconosciuta. Un Magistrato, individuo o assemblea, il cui responso è autorevole, in faccia a cui gl'interessati debbonsi piegare, ci è stato in ogni società, all'infuori di quei periodi storici in cui il diritto è la forza, ed il brando fa le veci di legge e di magistrato. E se con tutta l' autorità legislativa sul campo della scienza, anche a volere solo interpretare la legge affermata, trovansi varietà e contraddittorie opinioni intorno alla talietà dei diritti, che a dire se quella non ci fosse? Si avrebbe precisamente l' anarchia a cui sopra accennai.

3. E poi, la legge rivelata dall' ordine reale del diritto, come si rivela alla ragion umana. per quanto sia certa nell'affermazione generale del principio, nulla determina in modo immutabile nei casi concreti. Nessun dubbio che un uomo per potere creare un

vincolo obbligatorio di diritti, è necessario si abbia coscienza e libertà, che si abbia quindi uno sviluppo delle potenze intellettive che lo renda capace di una qualunque contrattazione; ma in quale epoca della sua vita raggiungerà questa sua capacità naturale? si ànno uomini di sviluppo più o meno precoce, o più o meno ritardato. Sarebbe eminentemente difficile e pericoloso lasciare l' apprezzamento sopra ogni fatto concreto; è necessità quindi che si prestabilisca per tutti un' epoca, pria della quale l' uomo devesi ritenere incapace di contrattare. La natura stessa lo rivela in ognuno, ma il doversi constatare caso per caso sarebbe aprire l' adito ad innumerevoli contestazioni, alla mala fede, agl'inganni, a danni certi. Ciò che dico per l'età vale per altre condizioni di esistenza o no di diritti e di capacità nel loro esercizio.

4. Se la legge, giusta la frase di Cicerone, è *constans et sempiterna*, non toglie che, rimanendo immutabile nel suo fondo e nella sua essenza, si modifichi nelle sue particolari determinazioni per la stessa immutabilità dei suoi principi. Il diritto è nell' uomo, si svolge e si compie in esso. L'uomo, rimanendo sempre identico nella sua essenza, si modifica più o meno profondamente nella sua modalità. Secondo l' ambiente fisico e morale in cui vive, secondo la diversità di cultura, di civiltà, di religione, di organizzazione sociale, in cui le sue potenze si svolgono, i suoi bisogni crescono, variano, si modificano; rimanendo sempre identica la sua finalità suprema, i mezzi a raggiungerla variano sempre, e variano quindi e si modificano i suoi diritti. Nel diritto vi ha un elemento mutabile nello spazio e nel tempo, accanto al *jus commune* c' è il *jus particolare*, alla cui determinazione non vale l' autorità dei secoli e della coscienza universale; questa autorità veneranda, da se sola non vale a tutto. È questo un altro aspetto che ci rivela il bisogno di un' autorità attuale che risponda all' attualità del momento storico di un determinato popolo, perchè modifichi il *jus commuue*, senza di che la giustizia reale non sarebbe attuata nella vita. La coscienza nazionale e la scienza rivelano ed interpretano questi bisogni e queste modifiche; ma è necessario che lo Stato, organo del diritto, faccia sue quelle affermazioni, se unisone nella scienza, e preferisca quale crede sia più conforme a ragione, ed è allora che diviene legge, acquista la sanzione, impera su tutti, anche su i dissenzienti, perchè una è la norma, e quest' unità si ha pel potere

sociale. — Nè si creda che le modifiche razionali di cui si è fatto cenno siano contraddizioni o modifiche della legge naturale; perchè è nella sua obbiettività naturale che il diritto si è modificato. E sotto questo rapporto è pienamente razionale l' osservazione del *Gabba* che crede antiscientifica e antirazionale la distinzione della L. 6. D. (1. 1), che il diritto civile cioè si forma aggiungendo o togliendo qualche cosa a quella natura. (1) Giacchè è il diritto naturale che in queste condizioni si è modificato; per la stessa immutabilità dei principi del diritto, mutano i rapporti concreti di diritti per la mutazione avvenuta nei termini, come avviene nella più immutabile delle scienze, nei rapporti più necessari, che sono quelli della matematica; ch' è pure astratta, e non concreta come il diritto.

5. Perchè questo sia garantito e tutelato dal potere sociale bisogna che sia da esso conosciuto. E non trattasi sempre di diritti inerenti alla natura umana, che esistono solo perchè esiste l'uomo; ci sono diritti molti che si acquistano, che si alienano, che si perdono, ec. I modi e le forme della loro trasmissione e del loro scambio di fronte alle possibili contestazioni bisogna che abbiano i caratteri di accertabilità, di constatazione, precludendo la malafede, che è pur troppo possibile nell' uomo reale. Ed ecco un nuovo bisogno dell' intervento del potere sociale che nell' interesse degli stessi soggetti del diritto, nell' interesse dei terzi e della società, prescriva determinate *forme*, con le quali e per le quali lo scopo suddetto sia raggiunto. Queste forme quantunque si poggino sulla natura reale degli esseri e delle cose, pure, come il numero degli anni per ritenersi la capacità giuridica, devono essere determinate ed imposte dall' autorità sociale, perchè si possa invocare la tutela e la garenzia, chene deriva.

6. Avvenuta una contestazione di diritto o una violazione di esso, con, o senza, malafede, si deve conseguirne la rivendicazione. L' intervento dello stato o del potere sociale è un bisogno; e allora l' azione individuale diviene azione sociale, o meglio l' individuo umano agisce per mezzo della società, che deve accertarsi dei diritti e dei fatti di fronte a coloro, di cui uno nega e l' altro afferma. Bisogna per la tutela dei diritti fissare le *norme* dell' accertamento, i *me-*

(1) Gabba. *Della retroattività delle leggi* Vol. 4, pag. 11. Pisa, 1874.

todi ed i *criterii* per raggiungere la verità, e accertata farla valere. Tutto questo non può essere lasciato all' arbitrio degl' interessati e dei giudici, ma sottoposto a norme obbligatorie per tutti.

La coscienza e la scienza non sono estranee in tutto questo; ma anche in ciò è necessario l' intervento dell' autorità sociale perchè fra diversi sistemi di accertamento e di esecuzione, sia prescelto il più adatto, e sia obbligatoriamente uno per tutti nell' interesse dell' eguaglianza, ch' è giustizia.

Ho accennato così in generale alla necessità di un potere che interpreti la natura reale del diritto obbiettivo perchè se ne abbia il rispetto pratico nella vita. Il diritto naturale diviene così diritto civile, e quindi la obbligazione naturale obbligazione civile.

§ 2.

Cause per le quali non si ha sempre equazione fra di loro.

6. Ma ci è equazione sempre e in tutti i possibili rapporti di giustizia fra le obbligazioni naturali e le obbligazioni civili ? Le obbligazioni naturali son sempre civili ? Le obbligazioni civili son sempre naturali ?—Si possono concepire obbligazioni naturali che non trovano o non devono trovare riconoscimento e sanzione nelle leggi civili ? — Ecco un problema, giacchè un problema se ne è voluto fare, che divide le menti dei cultori delle discipline giuridiche.

Quanto al diritto antico non vi hanno discussioni o divergenze; si afferma da tutti che la equazione di cui si parla non ci è. La diversità dei giudizi è relativa al dirito moderno; si afferma da molti, si nega da altri.

Fra coloro che lo negano ci è il *Gabba*, giudice competentissimo non solo per la forza dell'ingegno che onora l' Italia, ma anche per l' indole dei suoi studî: profondo conoscitore del giure positivo, è non men profondo conoscitore della filosofia del diritto. Confesso che di fronte all' autorità indiscutibile di lui, diffidai del mio contrario convincimento; ma pur diffidando, pensandoci ancora di più, quel convincimento rimase saldo, sarà esso puramente subbiettivo; e scrivo per sommettere le mie idee all'illustre scrittore e a quanti la pensano come lui.

« Ai giorni nostri, egli dice, il diritto civile non ha *o almeno*

si afferma non avere altra fonte che la ragione e la natura delle cose; non sussistendo quindi in esso la distinzione e la contropposizione storica del diritto naturale e del diritto civile, nè essendo accettabile dalla filosofia giuridica la distinzione dottrinale che facevano i giureconsulti romani nella L. 6 D. (de justitia et iure), non è concepibile la distinzione di obbligazioni naturali civili, nè l'esistenza di una obbligazione della prima specie in chi è prosciolto da ogni obbligo civile; il diritto naturale e il civile si confondono (1) ».

Che il *Gabba*, nobile campione di molte riforme legislative in nome della ragione e della natura, possa credere alla realtà obbiettiva della confusione del diritto civile col diritto naturale, io non arrivo a ben comprendere; tanto più che egli più che affermarla dice ch'*è* affermata. Dunque ritengo che egli non accenni in quelle parole alla realtà o no del parallelismo dei due diritti, ma alla falsità della posizione in cui taluni legislatori si son messi; che mentre mostrano di aver coscienza che il diritto civile si confonda col diritto naturale, poi affermano esistere obbligazioni naturali, che non sono civili, e le muniscono di una efficacia civile qualunque.

Checchè ne sia di questa interpretazione del pensiero dell'illustre giurista, per evitare che il problema si complichi, faccio per ora astrazione di ciò che i codici han fatto o dovrebbero fare intorno le obbligazioni naturali, e limito le mie indagini alla questione in sè: ci sono anche di fronte alle legislazioni moderne obbligazioni naturali, che quantunque non civili, siano obbligazioni giuridiche vere e proprie, da non confondersi coi semplici doveri morali? Il problema è così semplicizzato, gli equivoci non sono facili. — Nè vale il dire che ove esistessero simili obbligazioni giuridiche, non trovando riconoscimento alcuno nei codici in concreto, si confondono coi doveri morali. — Giacchè anche in concreto i doveri giuridici, non si possono confondere coi doveri morali, nè il dovere acquista il carattere di giuridicità dal fatto o pel fatto del riconoscimento che ne fa la legge positiva; quel carattere l'ha in se, nella sua natura, nella sua essenza specifica. Lo affermino, o non, le leggi, il diritto nella sua obbiettività, nella sua realtà naturale, è, e rimane diritto. Lo schiavo nella sua natura aveva il diritto alla propria libertà e alla propria autonomia, anche quando tutte le leg-

(1) GABBA, *Della retroattività delle leggi*, Vol. IV. pag. 11, Pisa 1874.

gi del mondo sanzionavano la schiavitù. — Non si poteva avvalere di questo diritto, non gli era possibile di costringere il suo sedicente padrone a praticare la rigorosa obbligazione che si avea a quel rispetto, non per ciò lo schiavo non ne aveva il diritto; nè era men vera la obbligazione corrispettiva sul campo della realtà e della natura; quantunque essa non esistesse in faccia alla legge positiva. Nè quella obbligazione era semplicemente morale, ma eminentemente giuridica.

Si direbbe che non si è negato da alcuno il dualismo tra la legge e la giustizia naturale pel diritto antico; si nega solo pel diritto moderno. Anzitutto osservo che a me preme che si affermi concepibile un'obbligazione naturale, da non confondersi col semplice dovere morale, quantunque pel manco di riconoscimento dalla legge positiva, non si possa esser costretti all' adempimento d'essa.—E più che la sua possibilità, abbiamo la sua realtà nella storia.—Se ce ne siano o no anche di fronte alle legislazioni moderne è quistione di fatto; ma sin d' ora possiamo affermare che la pretesa, che nell' opera legislativa siasi interpretata infallibilmente la natura, anche come è in quel momento storico, non è allignata nella mente di nessun legislatore umano. Ed osservo di più, che pur fedelmente interpretato un rapporto giuridico conformemente alla natura reale e all' attuale sua contingenza, pur potrebbe in casi concreti non essere raggiunta la giustizia reale, e farebbe sussistere una vera obbligazione giuridica che rimane senza coazione, e come non esistente in faccia alla legge.

Credo che messo su questo terreno il problema, non dovrebbe riputarsi problema; non parmi possibile che si possa affermare la equazione perfetta e in tutti i casi tra il diritto che scaturisce dalla realtà obbiettiva della natura e il diritto riconosciuto dai legislatori umani. La esistenza di obbligazioni naturali giuridiche, senz' essere civili, non si può inforsare. Il dualismo tra le due leggi (naturale e civile) non esisteva solamente nel giure antico, sussiste anche nel giure moderno, sussisterà anche nell' avvenire. Oggi non è così accentuato come nel passato, sarà meno accentuato nell' avvenire, tende sempre a scemare a misura che più si svolgono il pensiero e la civiltà; ma più o meno sussisterà sempre perchè infinito è il progresso del pensiero e della civiltà.

7. Il pensiero giuridico, come qualunque altro pensiero, soggiace

alle leggi della evoluzione. L'idea madre, che a principio è vago intuito, che si confonde col sentimento, che è quasi *senso* giuridico, in forme più o meno rudi si rivela nella vita, crea consuetudini, istituti, riti, forme simboliche e sacre; contiene potenzialmente tutta la scienza; ma sta alla scienza come il germe all'essere attuato. A misura che la riflessione attende agli aspetti diversi dei rapporti reali dell'uomo e della società, nuove relazioni giuridiche scorge implicate in quella idea fondamentale primitiva, che fecondata sempre più dal concorso dei secoli si specifica, si elarga, si svolge; tende sempre a raggiungere la perfezione del suo sviluppo, si accosta sempre più a questa meta, ma non la raggiunge mai. È cosiffatto il pensiero umano, anche considerato nella sua astrattezza ideale. Le matematiche che si raggirano sempre sull'idea, ci rivelano abbastanza nel loro incessante progresso, di che è capace la fecondità di un principio, l'immensità del suo contenuto, di cui si acquista gradatamente coscienza nel corso dei secoli per l'attività mentale di mille intelletti e d'innumerevoli generazioni. La evoluzione del pensiero giuridico incontra maggiori difficultà per cause diverse a qualcuna delle quali accennerò, ma non ultima quella dell'elemento concreto della vita, che è tutt'altro che l'astratto delle matematiche; il diritto è in essa e per essa; e la vita ha le sue condizionalità reali, si lega sotto aspetti diversi alla realtà universa teocosmica; rapportasi all'atto umano con tutte le sue indeterminazioni e contingenze a cui soggiace per l'umana libertà, per le passioni, per l'influenze religiose e civili, per il grado di cultura raggiunta ec. ec. La conoscenza di questi svariati elementi, di questa immensa realtà è necessaria per integrare nell'uomo la conoscenza dei diritti, e di tutti i diritti, come sono nella loro realtà. — E se la evoluzione del pensiero giuridico astratto è graduale, se il pensiero del diritto concreto dipende dalla positiva conoscenza di un immensa realità. che non può essere se non stentata e graduale, molti diritti, quantunque reali nella natura umana, rimangono misconosciuti per secoli, e la conoscenza che si ha di essi è sempre più o meno imperfetta. La intera *conoscenza* del diritto, una vera equazione tra il *pensiero* giuridico e la *realtà* del diritto, non si ha ancora, ci sono stati e ci saranno sempre più o meno diritti ignorati; questa verità che si afferma *a priori*, trovasi pur troppo confermata dalla storia del diritto,

8. La evoluzione del pensiero giuridico che procederebbe lentamente sì, ma rettamente sempre, secondo le leggi generali della natura, trova ostacoli di natura diversa. Alla *ignoranza* del diritto si aggiunge l' *errore* del diritto. Le antiche teogonie più o meno ispirate al panteismo o al dualismo; gli errori intorno all' uomo, alla sua genesi, alla genesi dei sessi e delle razze umane, la prepotenza delle caste prevalenti, o la prevalenza della forza bruta, le superstizioni di qualunque genere, non potevano che falsare il pensiero e la coscienza giuridica, e dare l' onnipotenza dello stato, la negazione della personalità individuale, il disprezzo e l' oppressione del debole, la schiavitù delle masse e della donna, la negazione d' ogni diritto nello straniero. La Repubblica del *divino* Platone, che si ritenne inapplicabile, utupistica per eccesso d' idealità, avea sanzionato pur troppi di questi eccessi del pensiero umano in ordine al diritto, sarebbe oramai inapplicabile perchè molto al disotto della nostra realtà. E Platone non rappresenta il pensiero giuridico nei suoi albori, ma il pensiero progredito pur troppo. —Quanti diritti misconosciuti, quante ingiustizie sanzionate per molti secoli!

E la scienza nostra può ritenere raggiunto il periodo della sua maturità, in tutte le sue parti, in tutti i suoi aspetti! — avrà forse compiuto lo svolgimento analitico di tutti i veri, perchè in una sintesi finale possa armonizzare tutti i veri particolari, che isolatamente si esagerano spesso e si rendono sofistici? Esagerazioni sofistiche che si traducono in violazioni di diritti reali della natura umana. Siamo così *modesti* da pretendere di conoscere tutto, di avere esaurito lo svolgimento ideale dell' intuito, di avere risoluto ogni problema, di avere armonizzato tutti gli aspetti parziali dei veri in un vero più amplo, più elevato, infinito? — Se tutto questo non è avvenuto, possiamo essere sicuri, che non conosciamo ancora tutti i diritti dell' uomo, e molto meno abbiamo ancora saputo armonizzarli (1).

(1) L' aspetto parziale esclusivo, e quindi sofistico, di un mal' inteso rispetto ai vincoli di famiglia ci dà p. e. le crudeltà delle vigenti legislazioni verso i figli incestuosi e adulterini; il divieto in generale delle indagini sulla paternità; l' incapacità della donna maritata ec. ec. E quell' esclusivismo sofistico nuoce pure allo aspetto particolare a cui si è sagrificata la giustizia. — Ciò avviene in ogni violazione di diritto; è nel rispetto armonico di tutti i diritti che si raggiungono tutti i fini della vita e il rispetto d' ogni singolo diritto.

9. E quando il pensiero avrà raggiunto un vero d'ordine giuridico, avrà rettificato un concetto, avrà affermato un diritto, sarà al principio dell'opera; quel nuovo diritto perchè sia legiferato dovrà vincere molte resistenze: non ultima quella che scaturisce dalla immobilità delle leggi preesistenti. — Il movimento del pensiero è molto più rapido del movimento evolutivo degl' istituti positivi del giure. E ciò è nella natura delle cose; e risponde al bisogno di conservazione che ci è nella società: la conservazione e il progresso armonizzati insieme sono i due poli su cui si raggira la perfettibilità umana. Ma quando si esagera l'uno o l'altro di questi elementi, ne scaturisce danno certe nella scienza e nella vita. Le leggi sono figlie di consuetudini, e creano consuetudini; hanno a loro favore l'autorità dei secoli e il convincimento indiscusso delle grandi maggioranze che esse non rappresentano se non la giustizia. Attentare alla esistenza di una legge, par sacrilegio; i novatori trovano le più sfavorevoli prevenzioni contro di loro. Il nuovo pensiero, che si rivela a principio da uno o da pochi pensatori, deve stentare per penetrare nella coscienza di tutti e divenire coscienza nazionale, deve vincere i pregiudizii, deve costringere a discutere intorno a ciò che si era riputato indiscutibile. È lotta nobilissima per coloro che la rappresentano, generose vittime, talvolta, di coloro i cui diritti venivano a proclamare.

10. Anche penetrata l'equità che si propugna nella coscienza dei più, pure non si ardisce riformare la legge. Il pretore in Roma, eco dell'equità naturale non ancora riconosciuta dalla legge, a principio nei suoi responsi non dà che una platonica affermazione di un'obbligazione puramente naturale, senza poter costringere il subbietto di essa. Si richiese molto tempo perchè le obbligazioni pretorie divenissero esecutive (1).—Il dualismo tra il *jus gentium*, ch' è il diritto universale della natura, e il *jus civile*, è accentuato, si sente da tutti; e pure quel diritto non si riforma. Comprendo anch' io che questa *intangibilità* delle leggi non è nella civiltà moderna così esagerata fino alla superstizione, come nell' antichità; ma pure quanto torna stentata ogni riforma non dico di tutto un sistema o di una teoria ma di un solo istituto giuridico! La pena

(1) V. Hugo, *Diritto Romano*, § 119, nota.

infamante, la tortura, la confisca dei beni del delinquente, l' interdizione patrimoniale del condannato, esagerata fino all' incapacità di testare, i privilegi, i pretesi diritti di primogenitura, la pena di morte, ec. si sono trascinate fino ieri o fin'oggi nelle legislazioni. Quanto si gridò contro il Beccaria, quante volte proclamata dal parlamento l' abolizione della pena di morte trovò nel Senato i suoi sostenitori! Quante riforme necessarie proclamate altamente dalla scienza non vengono respinte dai legislatori? — E tutto ciò non accresce il grande contingente di diritti reali della natura, che non sono civili, di vere obbligazioni naturali che non trovano riconoscimento nelle leggi!?

11. Nè sempre è un arbitrio qualunque dei legislatori non accettare una riforma quantunque evidente la sua equità. La legge antica avea creato di fatto un adattamento nella vita. Una riforma che modifica profondamente i rapporti economici e sociali di un popolo, è necessario che abbia un' applicazione graduale nell' interesse della vita stessa della società. I passaggi nella vita dei popoli si preparano come nella musica; i passaggi bruschi e violenti sono fatali. Ma se ciò scusa talvolta il legislatore, che non sanziona una riforma, nei rapporti reali non cessano per questo di essere veri diritti quelli che finora non trovano riconoscimento. È sempre dunque vero che l' equazione tra la legge positiva e la legge di natura non è mai esatta e universale.

12. Alla difficultà di avere riconosciuti dalle leggi tutti i diritti umani per la difficoltà di conoscere la realtà obbiettiva degli esseri e le loro relazioni, ci è d' aggiungere l' incessante modificarsi della realtà medesima delle relazioni degli uomini e della società. In fondo all' essenza degli esseri, sempre identica a sè stessa, si ha perenne divenire nella loro modalità, che deriva dalla diversità di cultura, di ambiente morale e fisico, dal variar continuo degli umani bisogni e quindi delle umane utilità e degli umani interessi.—Le leggi dovrebbero sempre riflettere questo incessante divenire dei reali rapporti per farsi sempre interpreti fedeli della giustizia reale. Ma se esse sono relativamente immobili anche in ciò ch' è costante nella natura e che è stato riconosciuto dalla scienza e dalla coscienza umana, la difficoltà del movimento cresce quando si tratta di dovere riflettere il divenire reale della natura. Quel divenire do-

vrà prima avvertirsi dalla scienza, penetrare poscia nella coscienza nazionale, e infine lottare con la natia immobilità delle leggi, di cui sopra fu parola. I legislatori son usi guardar troppo al passato, si fanno imporre da un esagerato tradizionalismo. Intanto dai legislatori del passato non potea, nè anche colla più potente forza intuitiva, concepirsi il bisogno di una nuova legge e di una nuova riforma, perchè diverse erano allora le condizioni reali dei rapporti, dei bisogni, delle utilità umane, e quindi una ragione di più a resistere all' affermazione e alla sanzione di un nuovo istituto giuridico.—Da pochi anni erasi pubblicato il codice di Napoleone, salutato come capo lavoro di sapienza giuridica, rispondente a tutti i bisogni di riforme legislative ecc. ecc., e *Pellegrino Rossi* col potente acume del suo intelletto vide che in quella legislazione non si era tenuto conto della trasformazione avvenuta nella vita economica, dei popoli moderni ecc. ecc. – La legislazione italiana, che poteva e doveva essere men ligia a quella francese, rinnovò quasi il medesimo difetto. Quantunque abbia compìto parecchie riforme importanti, sono moltissime quelle che non compì. Il *Gabba* con l' instancabile sua operosità nella scienza, che vuolsi e deve tradursi nella vita, colla sua potente dialettica che caratterizza il genio italiano, mette sempre in rilievo nuovi bisogni di riforme nei rapporti di diritto degl' individui fra di loro e degl' individui in faccia allo stato.

Ch'è poi a dire del bisogno della legislazione sociale così potentemente reclamata dalla coscienza umana? Non si è avuto di essa che qualche isolato frammento, incapace di soddisfare al bisogno speciale a cui si mirava; perch' è dal complesso armonico degl'istituti giuridico-sociali, che si può sperare l' attuazione della giustizia nella vita.

Frattanto molti diritti, che sono reali nella natura, rimangono, Dio sa per quanto altro tempo, senza riconoscimento e senza sanzione per parte delle leggi positive — Anche sotto questo rapporto la equazione di cui ci occupiamo è una vera utupia.

13. Se si attende alla funzione che la legge si ha di tutelare, oltre il diritto individuale, l' interesse e la buona fede dei terzi, la pace delle famiglie, l' ordine pubblico di fronte agli attentati della malafede e delle passioni umane, si scorge facilmente la ragionevolezza delle esigenze legali per la contestazione dei diritti e delle ri-

spettive obbligazioni, che non scaturiscono direttamente dalla *natura* umana, ma dal *fatto* umano. Adopero la parola *fatto* nel suo più ampio significato, e in tutte le forme possibili in cui il fatto si compie e si estrinseca. La esigenza di forme determinate e solenni per alcuni contratti; la esigenza della trascrizione negli acquisti degl'immobili; la prescrizione di molte obbligazioni pel manco di esercizio in un tempo più o meno lungo; la garenzia data al possesso anche di fronte al proprietario e al padrone della cosa; ec. ec. rivelano la funzione a cui accenno.

Ma per quanto razionali siano per parte del legislatore queste precauzioni in generale, in particolare poi si sa che un elemento spesso contingente e accidentale, per maggiore o minore arbitrio s' impone, come condizione essenziale; nè s' ignora il simbolismo, il formalismo sagramentale dell' antico diritto romano.—Comprendo anch' io, che sino a certo punto anche questi eccessi potrebbero ritenersi come esigenza dello stato reale di un popolo, in cui per manco di cultura, pel predominio del senso e della fantasia sulla ragione, il parere predomina sull'essere; ma rimane anche vero che siffatta esigenza come condizione essenziale di modi accidentalissimi è il prodotto dell' arbitrio.—Ma io faccio astrazione da questi eccessi; voglio supporre sempre razionale il comando della legge, il pensiero del legislatore. Ma ritengo pure anche come non esistente un contratto, come non provabile una convenzione se non con un documento scritto; se il contratto o la convenzione hanno tutti i fattori essenziali secondo la realtà della natura, se essa non ha esistenza legale, avrà certo l'esistenza reale: comunque ragionevole la legge, non ha efficacia di annullare ciò che realmente esiste; può non riconoscere quella esistenza; ma non può fare che sia non esistenza.—Intanto abbiamo o possiamo avere un'altra causa, necessaria per quanto si voglia, di inequazione tra l' obbligazioni naturali e l'obbligazioni civili. Avrò occasione di tornare su questo concetto.

Un secondo compratore di non provabile malafede, che avrà trascritto con precedenza il suo titolo, troverà tutte le garenzie dalla legge; nè se ne fa una colpa al legislatore che si propone la tutela del pubblico interesse; ma non è perciò men vero che nei rapporti individuali egli non rimanga naturalmente obbligato in faccia al primo acquirente insieme al venditore, che a sua volta è di malafede. Cenno per ora il pensiero; risponderò a coloro che pretende-

rebbero non esistere in questo caso nemmeno obbligazione naturale.

Il venditore della merce che non è stato pagato, richiesto il prezzo al compratore dopo qualche tempo, questi lo prega di aspettare ancora, parla di ristrettezze finanziarie, dell' attuale sua impossibilità del pagamento. Il venditore umano aspetta ancora, non ardisce invocare il potere coercitivo della legge. Dopo un anno lo invocherebbe invano; gli si eccepisce la prescrizione. Nè se ne fa un torto al legislatore; ma bisogna aver perduto il senso del giusto e dell' onesto per potere affermare che in questo caso, pur non sussistendo azione civile, non sussista nemmeno l'obbligazione naturale.

Mi basta avere cennato senza ricordarle tutte queste altre serie di cause che non rendono parallele le obbligazioni civili e le naturali.

14. Non basta però che la legge determini i diritti umani. Nella vita pratica, con o senza mala fede, spesso vengono misconosciute, non adempite le obbligazioni. Ecco sorgere nel subbietto del diritto un elemento nuovo, quantunque potenzialmente incluso nel diritto stesso: l' *azione* (*actio*) per riaffermarlo o averlo riaffermato. L' azione non è il diritto puro e semplice, suppone la pratica negazione di esso e quindi il bisogno e l' interesse della sua riaffermazione (1).—Il *Savigny* (2) ha messo in rilievo questo doppio elemento a cui si accenna, e che d' altronde sorge spontaneo nella mente di tutti. — Ma a questo elemento, ch' è contenuto potenzialmente nel diritto stesso, che se pur non è il diritto in azione, come vorrebbe taluno, è il diritto che respinge gli attentati e rivendica se stesso, si aggiunge un altro elemento, che scaturisce dal concetto e dal fatto della società che è chiamata a questa funzione riaffermatrice. Lo individuo non sempre potrebbe riaffermarlo; d' altronde la riaffermazione privata, ove pur si trattasse di diritti indiscutibili, può divenire violenza e rappresaglia; dalla società, che anzitutto è tutela del diritto, e in ciò ognuno è per tutte tutti per ognuno, si agisce perchè ci sia il rispetto pratico di ciascuna suità. L' azione quindi non è il solo diritto, nè la sua riaffermazione, ma il diritto che si

(1) Le leggi positive non riconoscono azione senza interesse art. 36 Codice proc. civ. italiano.

(2) SAVIGNY, *Traité du droit romain* Tom. V. § CCV.

ha in faccia alla società perchè questa riaffermazione si ottenga. È il *jus persequendi in judicio quod nobis debetur, aut quod nostrum est* secondo la sapienza romana; è « la facoltà d' impetrare dall' autorità giudiziaria col mezzo di un regolare giudizio la dichiarazione, che dovrà essere irrevocabile ed esecutoria, di un nostro diritto » (1). Ed ecco un'altra importantissima funzione sociale, oltre quella di determinare i diritti umani: la constatazione di essi in concreto negl' individui, se contestati, e la coazione perchè siano praticamente rispettati.—E sotto questo nuovo aspetto, si ha una nuova serie di cause per le quali la giustizia legale non si adequa sempre alla giustizia naturale.

L' azione ch' é dell' individuo, ma che si estrinseca per mezzo della società, subisce quelle modifiche che sono il risultato dell' elemento sociale che v' entra in concorso. La garentia che la società appresta ai diritti individuali, senza la quale ci sarebbe l'anarchia, e nella quale trovansi le condizioni della conservazione e del progresso di ognuno e di tutti, fa sorgere nella stessa società il diritto ed anche il dovere di armonizzare la tutela di tutti i diritti e di tutti gl' interessi. Nel riconoscere l' azione si preoccupa perchè questa non sia pertubatrice di quella armonia, che implica il pubblico interesse. Dopo di aver derminati i diritti, determina anche le azioni dei diritti. Spesso il legislatore non fa questione dell' esistenza o no di un diritto, anzi pur riconoscendolo, non gli riconosce l' azione di riaffermarsi. Nè si dica che in pratica la negazione dell'azione varrebbe negazione di diritto; i due concetti non si possono confondere. La legge riconosce nel marito l' obbligazione della fedeltà coniugale verso la moglie, e in questa il diritto a pretenderla, ma non le riconosce azione contro il marito adultero (all' infuori di certi estremi che trasando); crede, bene o male, che quest' azione riuscirebbe perturbatrice della famiglia.

15. Nella determinazione delle azioni si soggiace ai pericoli medesimi a cui si soggiace nella determinazione dei diritti; la natura può non essere interpretata fedelmente. Anche qui han luogo le esagerazioni di aspetti speciali del giusto a danno d' altri aspetti; anche qui i pregiudizi, le superstioni possono sviare la mente, e

(1) Pescatore. *La logica del diritto*, par. I. cap. XXI Torino 1863.

la giustizia obbiettiva rimane misconosciuta dalla medesima legge, e un' obbligazione naturale rimarrebbe esistente, pur non trovando per farla adempiere azione legale.

Ed anche in quello che i legislatori hanno esattamente interpretato nell' affermare o negare un' azione non si dimentichi, che l' azione non si confonde col diritto. Il legislatore potrà avere le sue ragioni di utilità pubblica nel negare in determinati casi un'azione, perchè reputa in generale che non facciansi discutibili certe condizioni di fatto, e perciò è indiscutibile il diritto presunto che vi si lega. Può aver ragione a non intervenire esso stesso coattivamente per l'indole dell'obbligazione e in vista della generalità dei casi che si presentano nella vita; ma il diritto e quindi l'obbligazione, nella loro obbiettività, sussistono in via normale o in via eccezionale, quantunque sforniti di azione.

La legge, p. e., niega l'azione diretta sullo stipendio, che il debitore si ha dallo stato e ciò per non privarlo dei mezzi atti a conciliare colla sua dignitosa sussistenza il miglior adempimento dei proprii doveri ec. Ma il funzionario, che trova nella sua attività altre sorgenti di guadagno di fatto insequestrabile, o si ha nella vita pochi bisogni a soddisfare, rimarrebbe naturalmente obbligato a pagare in tutto o in parte i suoi creditori. La legge non può venire a queste distinzioni, sarebbe un' indagine non facile, indecorosa, pericolosissima; afferma il principio generale, lascia il resto alla coscienza del funzionario e dello stipendiato.—Un padre che ha dissipato tutto il suo patrimonio in lusso sconfinato e in vizi, usufruttuario del patrimonio di un suo figlio minorenne cinque o dieci volte milionario, continua a sciupare, e i suoi creditori non hanno azione alcuna contro quell' usufrutto; il legislatore parte dal concetto che l' usufrutto è destinato all' educazione del figlio, che gli è accordato per non metterlo nella dura condizione di reddiconti ec. (1) Può ciò esser vero in generale, non lo discuto; ma nel caso concreto nessuno vorrebbe certo sostenere che quel padre non abbia l' obbligazione vera e propria di non sciupare a danno dei creditori quell'usufrutto, di economizzarlo, senza menomare i mezzi della più estesa ed intensa cultura del figlio.

(1) Questa è infatti l' opinione prevalente nella giurisprudenza, testè confermata da una sentenza della Suprema Corte di Palermo.

16. La legge ha segnato il tempo in cui l'azione può svolgersi. Ed è giusto; non si permette che rimanga perennemente discutibile un diritto, e quindi una perenne perplessità. D' altronde col tempo vengono meno le prove, si smarriscono i titoli ecc. — Ma in questo c' è, e ci dev' essere un elemento legale come per la minore età, è la legge che ne fissa il *termine*. Nel fatto quindi un' ora prima vigeva l' azione, un' ora dopo non vige più. Per la legge è una necessità; ma nella realtà dei rapporti può non sempre venir meno un diritto comunque rimanga senza azione. Quando doveano cominciarsi i primi atti una disgrazia colpisce l' attore, le sue potenze rimangono assorbite in essa, l' azione si perime. La legge non può tener conto di tutto questo, ha fissato il suo termine; nè può tener conto di molti atti di malafede che si potevano compiere per non isvolgersi a tempo quell' azione. Ma pur rimanendo incolpevole il legislatore, l'azione nella sua obbiettività reale in molti casi rimane, quantunque il diritto corrispettivo rimanga sfornito d' azione. — Anche sotto l' aspetto d'azione è evidente che non sempre la giustizia naturale trovasi in equazione colla giustizia legale.

17. Riconosciuta l'azione, oltre che nel tempo determinato deve svolgersi nei *modi* determinati che la legge medesima crede i più adatti per constatarsi il vero in diritto e in fatto nella controversia; e quindi ha segnato la via per procedere verso la meta, che è la verità da raggiungere, evitando l' errore. In ciò nulla d' arbitrario per parte del legislatore, il processo legale non dev' essere che il processo logico del pensiero. Le norme e i criteri della logica generale applicata alle controversie giuridiche, divengono norme processuali. Sono il dettato della ragione eterna, del senso comune, della esperienza dei secoli. Ciò che potrebbe trovarsi di contingente è pure determinato dalla necessità e dall' utilità che proporzionano il tempo alle distanze, in cui si trovano gl' interessati, alla natura e all'importanza delle indagini a fare.

Ma tutto questo non può essere abbandonato alla ragione individuale e privata; dev' essere determinato autoritariamente, come avviene pei diritti e per le leggi; e le leggi processuali sono leggi *aggettive* come le chiamò *Bentham*, che quasi si aggiungono alle stesse leggi determinatrici dei diritti, al cui trionfo sono destinate.

Determinazione necessaria anche per avere *unicità* di norma, alla quale unicità si lega l' uguaglianza di tutti, per cui tutti hanno così il dovere di battere l' unica via segnata dalla legge.

Ma qui di nuovo ci troviamo d' innanzi alle difficoltà d' interpretare fedelmente i canoni della natura umana, e le norme processuali segnate dall' autorità sociale soggiacciono spesso ad errori, a pregiudizi, ad arbitri, a pedanterie, a formalismo schiacciante la sostanza, che lungi di accostarci al vero, e quindi al giusto, ci allontanano da esso (1).

L' indole di questo lavoro non mi permette di accennare nemmeno alle fasi principali che il processo giudiziario ha subito nella storia dei popoli e della legislazione: ma son note ad ogni giurista le esigenze della procedura delle *actiones legis* e di quella delle *formole* del giure romano. L'attore dovea determinare l' azione di cui volea avvalersi, e se non rispettava le parole e le sillabe sagramentali, soccombea nella lite a danno certo della giustizia. Colui a cui sono state recise le viti se per errore agisce in giudizio *de vitibus succisis* in luogo di *de arboribus succisis*, come vuole la formola, perde la lite (2).— Il processo *formulario* rappresenta un progresso di fronte a quello delle *actiones legis* che venne abolito.

---

(1) Di fronte a questi abusi e talvolta aberrazioni mentali divenne accreditata l'opinione, osservava il Mancini, che le regole di procedura non siano che vano ingombro di sterili prescrizioni, un lungo catalogo di oscure formole, di pedantesche cautele e ridondanze, di pratiche sovente incapaci di giustificazione, di usanze la cui unica ragione di continuare ad esistere è quella di essere state una volta introdotte e di trovarsi ormai generalmente conosciute e seguitate: « dedalo tortuoso ed oscuro, come diceva Francesco I nel 1518, di cui al più gran numero sembra interdetto l' ingresso e nel quale gli uomini più illuminati si smarriscono » . . . In occasione dell'adagio forense « la forma trae seco la sostanza della causa » un sorriso di approvazione spuntò sul labro di moltissimi, quando Voltaire scrisse spiritosamente ad un magistrato suo contemporaneo, che non sarebbe male se invece si trovasse un giorno qualche sotterfugio per fare che la sostanza traesse dietro di se la forma. Egli è a proposito delle forme della procedura giudiziaria che taluno non dubita di definire la giurisprudenza: « l' arte d' ignorare metodicamente ciò ch' è conosciuto da tutto il mondo. » — (*Comm. del Cod. di Proc. civ. it.* di Pisanelli, Scialoia e Mancini, coordinato da Domenico Caldi. Vol. I, pag. III).

(2) Gaio, *Comm.* 4. 11.

In esso è il Pretore che determina l' *actio* e la *formola* (1), ma il sagramentalismo di essa non si smise facilmente, e la forma vince la sostanza a danno della giustizia reale della natura (2).

18. Che dire poi del processo nella barbarie del medioevo?—Il vero si pretendea conoscere per mezzo dei pretesi *giudizi* di Dio, e per mezzo dei duelli ch'erano forme dei medesimi giudizî di Dio!... È dir tutto, dicendo questo, intorno ai risultati della giustizia legale in quei secoli. E il duello non avea luogo solo pei giudizî criminali ma anche pei giudizi civili; e anche per le semplici quistioni interlocutorie non si compiva solo sotto gli occhi del giudice, ma

---

(1) Lascindo ai romanisti la competenza del giudizio, credo molto fondato il concetto del CARLE che ritiene l'*actio sacramenti* come l'*actio* tipica che più tardi si specifica in tutte le altre *actiones*, per cui si distinguono l' *actio in personam*, l' *actio in rem*, l' *actio in factum*, l' *actio in incertum*, quelle che richiedono un *iudicium* e quelle che richiedono un *arbitrium*; e che la *formola* (*conceptio verborum*) coesisteva con l' *actio*; come la *nuncupatio* nei contratti per *aes et libram*, che nell' uno e nell' altro caso erano le parole che specificavano e rendevano duttile e pieghevole l' azione e il contratto alla diversità del giudizio e del negozio giuridico. E di seguito l' elemento aggettivo, direi, diviene sostantivo; e come nei contratti si origina la *verborum obligatio* così nei giudizi rimane la *formola* (*conceptio verborum*) e nell'abolizione del processo delle *actiones legis* non viene abolita che la parte mimica e simbolica rimanendo la sostanza dell' azione espressa nella formola a principio sagramentalmente (*certis verbis*) e più tardi con più o meno libertà.—CARLE, *Delle Origini del dir. rom.* nn. 434-449, Torino 1888.

(2) È stato osservato però come questo inesorabile sacramentalismo dell' azione e della formula abbia contribuito molto a dare per risultati: da un lato quel rigorismo logico del diritto quiritario che astrae da ogni elemento estraneo con diritto alle ultime conseguenze, e dall' altro, per l' ufficio del pretore che elarga il numero dell'azioni e delle formole, l' introduzione nel *jus civile* degli elementi del *jus gentium*, dalla cui funzione si ebbe vita e movimenti quel diritto apparentemente immobile, facendo così del diritto romano il diritto di tutti i secoli, e di tutte le nazioni. V. CARLE, *op. cit.* n....; LABOULAYE, *Reflex. prélim. a l' hist. de la proc. civ. rom. de* WALTER, n. 12.

Quanto al processo romano si possono consultare SAVIGNY, *op. cit.* IHERING, *Lo spirito del diritto rom.* KELLER, *Il proc. civ. rom.*; ZIMMERN, *Traité des action*; BEKKER *die actionem romisches Privatrechts*; MAYNZ *Cours de dr. rom.* MUIRHEAD, *Historical Introd.*; SUMNER MAINE, *Early history of istitutions.* ORTOLAN, *Explication des institutes de Iustinien*; CARLE, *Op. cit.*; PADELLETTI etc.

per ordine del giudice, che pronunziava la formola: *Vadiate pugnam*, anche nel dubbio sulla talietà della legge che si dovea applicare (1), ed era pur riconosciuto contro i testimoni che aveano giurato, contro gli stessi giudici che aveano emesso la sentenza.

E l'Inghilterra abolisce di diritto questa pretesa prova o mezzo di accertamento della giustizia solo al 1818! (2) Che è a pensare della mente che deve dettare norme per raggiungere il vero, che non devono essere nè più nè meno che la ricognizione dei canoni eterni della ragione!? si può dire che la giustizia legale sia sempre parallela alla giustizia naturale?

19. Si abbia pure una procedura conforme all'ideale delle aspirazioni della scienza che dia i mezzi più sicuri e spediti per cercare e scoprire la verità e per evitare l'errore; che dia incarnata la eguaglianza nella contesa, la massima garenzia sociale dei diritti col minimo sagrifizio individuale di libertà; che non sia materia di gravose imposte, sia anche gratuita ecc. ecc. (3). Saranno menomati i pericoli dell'errore, ma ce ne saranno sempre. D'altronde il bisogno di eliminare certo genere di prove a vista dei pericoli della mala fede e della possibile collusione, e talvolta sono le sole che si hanno; la necessità a vista del pubblico interesse di ritenere certe *presunzioni juris* e talvolta anche *de jure*, che in generale si fondamentano nella natura umana e nel complesso dei rapporti giuridici, e se si vuole, nel senso comune, ma in casi particolari possono non rispondere alla realtà obbiettiva così che in essi il giusto naturale ne rimanga misconosciuto; tutto ciò crea difficoltà nello accertamento del vero. Il potere giudiziario non si presenta sempre nella necessaria indipendenza delle sue funzioni perchè non sia che l'eco fedele della legge e della giustizia; anzi credo che questa

---

(1) Beaumanoir. *Coutumes de Beauvais* chap. 53-54; Meyer, tom. I, chap. VII, V. Mancini *Op. cit.*

(2) Nel medio evo accanto a questa procedura civile, così riprovata dalla scienza e dal buon senso, si vede la procedura canonica che si presentava allora come un vero beneficio nell' interesse della giustizia; e dopo tanti secoli si rivela degna della più alta considerazione ai cultori delle discipline giuridiche. Il Mancini ne ha messo in rilievo i grandissimi pregi. V. op, cit. pag. XXV e seg.

(3) V. Mançini, Op. cit., pag. ivi.

indipendenza, come istituzione, non se l' ha avuta mai (1); nè le persone, in cui questo potere s' incarna, son sempre all'altezza del sacerdozio della giustizia quanto a scienza e quanto a moralità. La giustizia non solo può essere tradita per errore, talvolta è tradita con la coscienza di tradirla, frattanto la *res judicata pro veritate habetur*; e nessuno può misconoscere la necessità di ritenere questo principio, ma non per ciò la verità obbiettiva non è rimasta quel che era, inalterata e inalterabile dai giudizî umani. E perciò la giustizia legale non risponde sempre alla giustizia reale obbiettiva della natura.

20. Il potere sociale che per mezzo dei suoi magistrati ha giudicato diffinitivamente l'esistenza di una obbligazione nei casi concreti già stati discussi, ha ora la funzione di farla eseguire. E se il subbietto di esse sarà ancora nolente, la forza sociale lo costringe a quell'adempimento. Senza di ciò nello stato attuale della moralità e della civiltà umana, rimarrebbero illusori il potere legislativo e il potere giudiziario.

Ma qui devo ripetere ciò che altrove ho detto: non tutte le obbligazioni anche giuridiche sono suscettive di coazione (2).

---

(1) Fanno eccezione l' epoca in cui è l'assemblea nazionale che giudica nel periodo del processo barbarico (parlo di condizioni reali d'indipendenza), sostituita più da assemblee locali per li *placita minora* degli arimanni presieduti dal *Conte* e quindi si menoma l' indipendenza del giudice; e quell' altra in cui il giudice è un arbitro scelto dalla fiducia dei contendenti nel primo periodo del popolo romano: *Neminem voluerunt majores nostri non modo de eximatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset* (Cic., *pro Cluent.*, n. 43).

E anche, quando più tardi si presentò l'elenco dei giudici, bastava la ricusa del giudice, direi, ufficiale, fatta da una delle parti, perchè l'altra venisse obbligata a scegliere d'accordo un arbitro. Il processo romano serbò per molto tempo un carattere contrattuale, e l'esecuzione era affidata agli stessi contendenti: (V. Ihering, *Op. cit.* Trad. del Bellavite, lib. I, cap. V-VI).

Il Mancini crede che nell'avvenire il processo, e quindi il giudizio, sarà un arbitrato, venduto però sotto la protezione e le vigili garentie dell'intera società. (V. *Op. cit.*).

(2) Fischella, *Dei rapporti fra Morale e diritto,* Cap. III, § 1 — La *Teoria dei Contratti nella Fil. del diritto.* Tit. I.

Coattivamente si può agire su ciò che si *ha* non su ciò che si *è*. La prestazione personale non si può, nè si deve ottenere colla forza. Che non si *può*, l'avevano conosciuto i romani: *nemo potest cogi ad factum*; che non si deve non lo videro; nè potea vederlo quel popolo a cui, nei primordi della sua vita, mancava la coscienza della dignità della persona umana; e che, se nella forza trovava la genesi del diritto, e molte delle sue forme giuridiche non rappresentano che la forza (1), nella *manus injectio*, con tutti i suoi corollari, contro la persona del debitore risolveva l'esecuzione del proprio diritto (2). — Ma oramai nello stato attuale della scienza e della nostra civiltà è divenuto un vero indiscutibile. Per le obbligazioni personali non adempite non si aspira coattivamente che alla riparazione dei danni ed interessi, se ce ne sono; e sono tutt'altra cosa che la prestazione medesima. Danni ed interessi, ma non quelli che sono in sè nella mancata prestazione, ma in quello che hanno di economico, di valutabile in denaro, rimanendo in ciò che ha d'intrinsico valore intellettuale e morale senza alcuna riparazione. E quanto più l'indole della prestazione rivela il carattere umano psichico ed etico, tanto più sfugge al potere coercitivo direi anco indiretto de' danni ed interessi.

Ma l'impotenza del potere coercitivo privato o sociale non menoma l'obbligazione nel subbietto, essa rimane nella sua interezza.

---

(1) Dal *manu capere* son derivate le voci: *mancipium, mancipatio, res mancipi, manumettere* ecc. che sono figure giuridiche. Il *praedium* si crede derivato da *praeda*.

(2) Il creditore con la *manus injectio* contro il debitore trascinavalo d'innanzi al magistrato, e dopo il giudizio, prigioniero in casa propria, quindi al mercato, quindi uccidevalo, almeno ne avea diritto; e squartatolo ne divideva le membra agli altri creditori in proporzione del credito di ognuno!... *Capite poenas dabat, aut trans Tiberim venum ibat—Partis secanto: si plus minusve secuerunt, se fraude esto*; queste terribili frasi delle XII Tavole tramandateci da Gelio sono state recentemente interpretate con molta benignità dal Voigt, *XII Tafeln*, II, pag. 361. Ma sfortunatamente per quanto generoso ed ingegnoso quel tentativo, non giunge a inforsare la truce realtà della legge.

E si noti che per le obbligazioni reali anzichè sulla cosa si agiva anzi tutto sulla persona come realiter legata al creditore in forza dell'obbligazione, e la *pignoris capio* è una eccezione, o una concessione posteriore affermata dal pretore. V. Carle. *Op. cit.* n. 447.

La giustizia quindi che le leggi positive s gl'istituti sociali possono esprimere ed attuare non ci dà l'equazione vera con la giustizia naturale; vi saranno quindi sempre obbligazioni naturali che non sono civili.

§ 3.

Le obbligazioni naturali non si possono confondere coi doveri morali.

21. Esse però, pur non trovando riconoscimento e sanzione nelle leggi positive, non perdono il loro carattere giuridico e non si possono confondere coi doveri puramente morali. Questo carattere se l'hanno in sè medesimo, è il risultato dei rapporti reali degli uomini. Come il diritto è diritto per sè non per la legge che il riconosce; così l'obbligazione corrispettiva al diritto, è giuridica con, o senza la legale sanzione. Il legislatore sanziona l'obbligazione perchè giuridica; non questa è giuridica perchè egli la sanziona.

Si distingue dal dovere morale perchè essa risulta dal diritto altrui, il che non avviene per questo. In altri termini: se il dovere è derivazione del principio generale « *tribuere unicuique suum*, o del *rispetto pratico della suità personale d'ognuno*, esso è giuridico; se invece deriva da simpatia, benevolenza, amore, commiserazione, pietà, ecc. che sono sentimenti e principii morali, esso non è giuridico, ma semplimente morale. E tutto ciò è estraneo al riconoscimento, o no, da parte delle leggi positive.

Le obbligazioni naturali non riconosciute dalle leggi non hanno coazione; ma questo elemento non è essenziale al diritto considerato nella sua obbiettività, l'ho dimostrato altrove (1). Suppone che esso venga misconosciuto teoreticamente o praticamente; e ciò può non essere. E se in sè è un elemento accidentale, diviene spesso accidentalissimo, perchè la negata coazione, o il manco di azione civile non deriva sempre del manco di riconoscimento legale, ma dal manco di titolo per inesistenza o smarrimento di esso, o per man-

(1) FISICHELLA, *Dei rapporti tra morale e diritto* cap. III, § 1. Catania 1886. — *Teoria dei contratti nella filosofia del diritto.* Tit. *cit.* Catania 1889.

co di quelle condizioni richieste dalla tutela generale ed armonica di tutti i diritti per parte della società.

Ho insistito su questo concetto perchè ho visto che parecchi giuristi mostrano di credere che il carattere giuridico dell' obbligazione derivi dall' essere riconosciuta e sanzionata dalle leggi positive; e non essendolo, e trovandola affidata alla coscienza del subbietto credono potersi confondere coi doveri di *coscienza* puramente morali.—Su questo proposito credo utile ricordare che l' essere dovere di coscienza non è carattere esclusivo del dovere morale; perchè anche il dovere giuridico essendo pure dovere morale obbliga in coscienza, e più che non il dovere puramente morale; l' obbligo di coscienza di restituire ad ognuno ciò che gli appartiene *(tribuere unicuique suum)* è più rigoroso che non il dovere di soccorrere del proprio coloro che ne hanno di bisogno per amore, per commiserazione, ec. Dire quindi che un dovere è di coscienza non significa che esso sia dovere puramente morale—Parrebbe inutile richiamare queste idee comunissime che sono nella coscienza del popolo; ma pure non sempre sono nella coscienza di tutti i cultori della scienza, e perciò vien falsata la soluzione di parecchi problemi di diritto.

22. Ma le obbligazioni naturali, pur rimanendo giuridiche, non sanzionate dalle leggi positive, non avendo contro di esse azione civile, hanno la medesima efficacia dei semplici doveri morali, e in ciò si confondono.

Ove ciò fosse vero, rispondo io, la distinzione obbiettiva rimarrebbe vera e reale, e la coscienza non dovrebbe mai trascurarla. Ma non è poi vero che nella coscienza umana hanno la medesima funzione, perchè non hanno il medesimo grato di obbligatorietà. Altro è non soccorrere il miserabile, altro non restituirgli quel che giuridicamente gli appartiene; altro non sentire commiserazione dei non abbienti e non essere verso di loro generosi, altro arricchirsi a danno di loro. E la coscienza trova un' eco nell' opinione pubblica e nelle leggi vere d' onore, che rafforzano la efficacia del dovere giuridico più che quella del dovere puramente morale. Non sara quindi mai inutile l'affermazione di una obbligazione naturale, che pur non subendo la coazione fisica del potere sociale, troverà la forza morale propria ed intrinseca del diritto, che agisce sulla coscienza e sull'onore ed obbliga il subbietto all'adempimento di essa.

23. Credesi pochissima o nulla questa forza morale perchè si guarda a ciò che essa di fatto non ottiene, alle violazioni di giustizia che non impedisce; e non si guarda, perchè cade difficilmente sotto la nostra osservazione, tutto quel ch'essa compie nel santuario della coscienza umana. Molti credono che sia effetto esclusivo della forza delle leggi positive il rispetto pratico del diritto che si vede fra gli uomini, perchè non si attende alla parte che vi piglia la forza della coscienza del dovere, dell'onore, della pubblica opinione. Senza questa forza morale, la forza civile dei codici non arriverebbe a dare il rispetto del giusto di cui siamo spettatori. Mille artifizî che metterebbero l'uomo al coperto dell'azione delle leggi, non si compiono da moltissimi, perchè frenati dalla forza della coscienza; tant'altri affronterebbero il Codice, ma non ardiscono di affrontare il sindacato della pubblica opinione e le leggi inesorabili dell'onore. E tutto ciò non è forza fisica, è forza morale, che tende sempre a crescere, a misura che cresce la civiltà vera e omnicompreensiva. Se la coazione dello stato cresce sotto certi aspetti perchè sempre nuovi diritti si rivelano alla coscienza umana, tende sempre più a diminuire pei diritti già affermati e conosciuti, maturati e direi immedesimati colla coscienza umana, coll'atmosfera morale che ci circonda, con l'educazione religiosa e civile di cui viviamo.—Non è ripetuto abbastanza, che come fra le nazioni, così fra gl'individui la forza morale tende sempre a surrogare la forza fisica; e come, quandochè sia, sparirà la guerra, sparirà pure la forza coercitiva dello stato. Se accenno a questo orizzonte nol faccio che per dare risalto maggiore ai caratteri veri ed essenziali del diritto, e distinguerli dagli elementi accidentali e per rispondere a coloro che reputano inutile l'affermazione di un'obbligazione naturale quando, non riconosciuta dalle leggi, è affidata alla sola forza morale (1) della coscienza.

---

(1) Non occorrerebbe dire che qui la parola *morale* è usata in opposizione alla parola *fisica*: faccio questa dichiarazione, per aver visto che in una recensione di un mio lavoro, d'altronde benevola, si osservava che avrei dovuto usare l'oggettivo *giuridico* e non *morale*. Mentre lì la parola *morale* stava in opposizione alla parola *fisica*, come ora l'ho usata.

§ 4.

Le obbligazioni naturali nel diritto positivo

24. Nella coscienza dei giureconsulti romani si rivela pur troppo il manco di equazione fra la giustizia naturale e la giustizia legale, fra il diritto razionale e il diritto positivo. Si sa come il pretore si faceva interprete della equità obbiettiva, che con ogni sforzo contrapponeva all' angustia e al rigorismo formalistico delle XII Tavole. Le affermazioni del pretore, che erano il risultato dello svolgimento dei principì razionali di giustizia nella mente umana, coadiuvata potentemente dal contatto colla coscienza giuridica dell'umanità *(ius gentium)*, a principio non si ebbero alcuna efficacia civile; ma più tardi l'ebbero ed intera, e divennero diritto positivo.

Però la funzione del pretore non valse a dare l'equazione completa del diritto positivo col diritto razionale, la causa della ineguaglianza essendo permanente; e i giureconsulti romani ritennero che si avevano vincoli giuridico-naturali, che non erano civili; rimase la distinzione tra le obbligazioni non coattive che scaturiscono dal giure universale, (*Il natura debet quem jure gentium dare oporlet cuius fidem seculi sumus* (1)), e quelle coattive che generava il *vinculum iuris quo* NECESSITATE ADSTRINGIMUR *alicuius rei solvendae secundum* NOSTRAE CIVITANIS *iura* (2).

L' obbligazione priva di azione si chiamò: *naturalis obligatio*, e più esattamente: *tantum naturalis obligatio*. Il debitore non poteva essere chiamato in giudizio e costretto colla procedura esecutiva all' adempimento, ma si riconosceva ch' egli era debitore secondo il precetto della natura, *natura debet* (3). Si avea così il *vinculum aequitatis* secondo la frase di *Papiniano* che scorgeva la *naturalis ratio* (4), alla quale si annetteva un *debere* giuridicamente importante (5).

25. Ma quantunque questa non non avea efficienza civile vera propria, pure vi partecipava indirettamente sì, ma assai largamente :

---

(1) L. 84, § 1. D. 50, 17.

(2) *Istit.* de oblig. (3, 13).

(3) L. 101, § 1, D. (46, 3) — L. 10, D. 50, 16 — L. 41, D. (12, 6).

(4) L. 95, § 4, D. 46, 3.

(5) V. ARNDTS, § 217, nota 7ª.

Non solo impediva la *soluti repetitio*, secondo il concetto di *Paolo* e di *Giuliano* (1), il che suppone la volontaria esecuzione da parte del debitore naturale, almeno nel suo principio, ma spesso avea una efficienza civile, sempre indiretta, ma indipendente dalla volontà del debitore; essa si trasferiva all' erede insieme all' eredità contro cui gravava (2). Un creditore civile, ch' era pure creditore naturale, poteva imputare il pagamento in parte in conto del credito civile, in parte in conto del credito naturale (3). Un credito naturale potea compensarsi con un credito civile (4). La fideiussione che non può funzionare se non come accessione ad una obbligazione principale, si avea efficienza civile, pur accedendo ad una obbligazione naturale (5).—Da ciò par si può dedurre la possibilità giuridica della solidarietà tra debitori civili e debitori naturali. E in questo caso il creditore non si poteva rivolgere che ai soli debitori civili: ma questi, soddisfatta l' intera obbligazione, potevano rivolgersi contro i debitori naturali.

L' obbligazione naturale era pure suscettibile di novazione (6) di pegno e d'ipoteca (7). e di ratifica (8).

---

(1) L. 10 D. (44, 1) — L. 16, D. (46, 1).

(2) *Quamvis senatus de his actionibus trasferendis loquatur, quae iure civili heredi et in heredem competunt, tamen honorariae omnes transeunt. Nulla enim separatio est. Imo et causa naturalium obligationum transit*, L. 40 ad S. C. *Trebell.*

(3) L. 5, § 2 e L. 101 *de solut. et lib.* (46, 3). Le L. 2, 5 § 2 D. (46, 3) e 10, (50, 16) che sembrano contrarie a questo concetto, non fanno che mettere in rilievo il manco di azione diretta nelle obbligazioni naturali.

(4) *Etiam quod natura debetur venit in compensationem.* Ulpiano L. 6. D. 16, 2. Da questo stesso principio scaturiva il diritto di ritenzione del creditore naturale contro il creditore civile. L. 7, § 1, D. (18, 5).

(5) Ulpiano L. 1. D. (46, 1); L. 6 D. eod. Giuliano, L. 7, D. eod.

(6) *Illud non interest qualis praecessit obligatio utrum naturalis, an civilis, an honoraria; utrum verbis, an re, an consensu; qualiscunque igitur obligatio sit quae praecessit, novari verbis potest.* L. 1, § 1, D. (46, 2).

(7) *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacumque obligatione.... et vel pro civili obligatione, vel honoraria vel tantum naturali.* Mrciano L. 5, D. (20, 1); *ex quibus casibus naturalis obligatio consistit pignus perseverare constitit.* Ulpiano, L. 14. D. eod.

(8) L. 2. Cod. (4, 28).

26. Alcune legislazioni moderne, fra cui la francese all'art. 1235, e l'Italiana all'art. 1237, hanno già riconosciuto in principio la esistenza di obbligazioni naturali, che non sono civili (potrei anche dire che il Legislatore austriaco nel § 1432 indirettamente l'abbia pur fatto). Questi articoli sono stati oggetto di moltissime discussioni in senso contrario, sì pel principio affermato, come pure per la sua estensione e compreensione. Per ora non esamino filosoficamente la quistione; non discuto, cioè, se i legislatori abbiano, o no, fatto bene nell' affermarlo, tutto questo lo vedremo di seguito, per ora vorrei mettere in rilievo il loro pensiero, sul terreno stesso del diritto positivo; quantunque mi abbia coscienza che entrando su di un terreno non mio, potrei venir meno per manco di competenza; tanto più trattandosi di un istituto così controverso. In ogni modo sommetto le mie idee ai competenti maestri in diritto civile.

In iure condito la discussione non è possibile sul principio generale della ricognizione di obbligazioni naturali, che non sono civili, già fatta dai codici suddetti. La discussione ha luogo, e pur troppo, intorno la compreensione e la estensione della efficacia ad esse accordata; ma pria di venire a questo esame credo necessario di assodare delle idee preliminari, di cui talune almeno servono di fondamento basilare a tutte le altre indagini, alla soluzione dei problemi.

È certo che i legislatori hanno esplicitamente dichiarato che l'esecuzione delle obbligazioni naturali è affidata alla coscienza del debitore, e che la funzione civile non comincia che ad esecuzione compiuta. Questo doppio concetto deve ritenersi come il perno dell'istituto di cui è parola, dee tenersi presente in tutti i problemi possibili relativi ad esso per averne la soluzione conforme alla legge medesima. Nè credo si abbia ragione il *Giorgi* nel dire: « Ma il pagamento estingue e non crea l' obbligazione; che strano ente giuridico è mai il vostro, il quale prende vita mentre diventa cadavere, non spiega efficacia, se non perde la sussistenza? » (1). — L' obbligazione non sorge certo dal pagamento, ma dai rapporti reali di diritto tra gli uomini; non eseguita perchè solamente naturale, la legge non ha nulla a fare per essa. Ma il fatto dell'esecuzione, il pagamento è pur esso un fatto umano, che ha le sue con-

---

(1) Giorgi, *delle obbligazioni*, Vol. I. n. 39.

seguenze e i suoi rapporti. Ed è appunto di ciò, che la legge vuolsi interessare, e non vi ha nulla di strano, nè vita che scaturisca dalla morte.

27. Molto più seria intorno a queste idee preliminari s'è la discussione che ha avuto luogo circa il significato della parola *volontariamente*, che specifica la esecuzione del pagamento e a cui si lega l'efficacia civile. E la quistione è grave.

La più facile interpretazione di quella parola sarebbe carenza di coazione, spontaneità nel pagamento del debito. — Il *Massol*, il *Toullier*, il *Duranton*, il *Molitor*, ecc. vi legano questo significato.

Altri invece credono che alla esecuzione del pagamento, per aversi efficacia civile, non basti la spontaneità, o il manco di coazione in fatto; ma sia necessario che la coazione non sia nemmeno temuta; in altri termini: è necessario secondo costoro, che il debitore abbia *coscienza* che la sua non sia obbligazione civile, ma puramente naturale. Questa dottrina pare la predominante fra gli scrittori; ed è propugnata in Francia dal *Larombière*, dal *Boilieux*, dal *Mourlon*, dall'*Arntz*, dal *Demolombe*, dal *Marcadè*, dal *Massè* e *Verger*, ecc. (1); in Italia dal *Pescatore*, ed in parte dal *Borsari* e da altri. *Errantis nulla voluntas*, dicesi da loro, d'altronde in fatto di obbligazioni naturali la legge costituisce giudice il medesimo debitore, e il giudizio dev'essere cosciente e non erroneo; se per errore ritiene civile la sua obbligazione, perchè crede che non pagando vi sarebbe astretto dalla legge, egli non giudica, ma subisce il supposto giudizio della legge; egli non paga spontaneamente nel senso stretto della parola; teme, che non pagando sia *costretto* a pagare. Gli altri invece direbbero che se il potere sociale non può costringere che all'adempimento delle obbligazioni civili sarebbe poi scandaloso armare il braccio di colui che si ribella all'adempimento di una obbligazione naturale, fosse pure un semplice dovere morale.

Ragionando sempre *de jure condito* queste dottrine contrarie credo debbansi ritenere troppo esclusive ambedue.

Se si tratta di obbligazioni che sarebbero il risultato di convenzioni a cui la legge ha legato forme determinate come condizione

---

(1) Nei lavori preparativi del Codice francese il BIGOT PREAMENEU, il JOUBERT, il FAVARD, rivelano questo medesimo concetto.

di esistenza, il manco di esse comunque l'obbligazione sia eseguita, con, o senza coscienza dell'inesistenza del vincolo civile, non ha l'efficienza di cui si parla; se quelle forme sussistono, comunque viziata più o meno profondamente l'esecuzione volontaria avrà l'efficacia civile di cui parliamo, ma a condizione che il debitore abbia *coscienza* del vizio che darebbe l'azione di nullità. Questo doppio concetto della legge è categorico, gli articoli 1310, 1309 del codice civile italiano non ammettono discussione alcuna. Quale relazione si hanno essi col concetto delle obbligazioni naturali si scorge facilmente e lo vedremo meglio in prosieguo. Se il contratto avente la forma determinata dalla legge, ma viziata fino ad essere civilmente nulla, si ha i fattori essenziali, nessuno dubita che esso produce l'obbligazione naturale, ma perchè la sua esecuzione si abbia efficacia civile è necessario che il subbietto abbia coscienza del vizio che lo rendeva civilmente nullo; dunque per lo meno, non si può ammettere come principio generale, che la legge non esiga la coscienza del manco dell'obbligazione civile nel debitore ch'esegue l'obbligazione naturale.

Ma nemmeno la dottrina contraria può elevarsi a principio.— Chi paga il debito di giuoco, ritenendo per errore che ciò non facendo vi sarebbe costretto dalla legge, se provasse fino all'evidenza di aver pagato esclusivamente per questo errore, nessun giudice dichiarerebbe ripetibile il pagamento fatto; se il debitore paga un debito prescritto, ignorandone la prescrizione, e quindi ritenendosi per errore civilmente obbligato, mentre non lo era, il suo errore non esclude la efficacia civile del suo pagamento. Potrei proseguire a ricordare altre obbligazioni naturali, che eseguite perchè erroneamente ritenute civili non perdono la efficacia civile di cui è parola. E in ciò il diritto moderno è all'unisono colla sapienza romana, che sotto questo rapporto possiamo invocarla nella sua integrità, essendo in fatto di obbligazioni naturali differente non nel principio ma nei suoi effetti, e quindi ricordo la efficacia della costituzione di dote fatta dalla madre alla figlia ritenendosi civilmente obbligata per errore (1), del pagamento del debito del figlio fatto dal padre che per errore si riteneva civilmente obbligato (2); ecc.

---

(1) L. 32, § 2, D. (12, 6).
(2) L. 11 eod.

Da queste osservazioni si può dedurre che la coscienza dell' indole esclusivamente naturale di un' obbligazione non è sempre necessaria a dare efficacia civile alla sua esecuzione. Anzi si può ritenere come principio essere sufficiente che si abbia coscienza della realtà dell' obbligazione, si conosca o no ch' essa non sia civile ma puramente naturale; e che solo in via di eccezione al principio questa conoscenza è richiesta quando l' obbligazione scaturisce da contratti aventi viziate le condizioni formali volute dalla legge medesima, o per manco di capacità legale nei contraenti (1). Sarà forse esigenza eccessiva di essa, questa stessa eccezione; ma siamo in diritto positivo; e non discutiamo sulla ragionevolezza, o no, della legge.

Nè l' *errantis nulla voluntas* è qui applicabile; perchè circa la realtà dell' obbligazione errore non ce n' è; se ci fosse, la esecuzione sarebbe inefficace civilmente; l'errore si verserebbe sulla coercibilità o no per parte del potere sociale, e questa non essendo sempre conforme colle esigenze reali del diritto della natura, quell' errore sarebbe accidentale. Accettiamo la suddetta eccezione solo perchè in modo perentorio l' afferma la legge medesima.

28. Assodate queste idee vengo allo esame della compreensione della efficacia civile dell'esecuzione volontaria delle obbligazioni naturali accordata dalle leggi.

È indiscutibile la irretrattabilità del pagamento già fatto, è questo il concetto più esplicito dei codici che hanno adottato il principio di dare una efficacia qualunque alle obbligazioni naturali; l'art. 1237 della legislazione italiana, corrispondente all' art. 1235 di quella francese, dopo di avere affermato la ripetibilità del pagamento indebito soggiunge « la ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali volontariamente soddisfatte ».

Da questo concetto, ch' è testuale, deriva una conseguenza sulla quale non si dovrebbe discutere, che l'obbligazione naturale, cioè, costituisce un debito vero e proprio, che diviene civile dal momento della volontaria esecuzione. Il contesto dell'articolo in parola esclude ogni diversa interpretazione; ogni pagamento suppone un debito,

---

(1) Dico: capacità legale e non naturale, perchè nel manco di quest' ultima non si avrebbe nemmeno l' obbligazione naturale.

ciò ch' è pagato senz' essere dovuto, è ripetibile, l' adempimento delle obbligazioni naturali esclude la ripetizione, esse dunque costituiscono un debito.

29. Da questa prima conseguenza ne deriva un'altra, che al pagamento del debito naturale non sono applicabili le norme che son proprie degli atti di donazione e di liberalità. Il principio del *Bartolo; solutio naturalis debiti non est donatio*; *licet enim absolutus, sit, natura tamen debitor permanet* è pienamente riconosciuto da codici moderni di cui è parola. E quindi il creditore soddisfatto del suo credito naturale non essendo un donatario, pur mostrandosi ingrato verso colui che lo pagò, non dà diritto alla revoca, che non potrà aver luogo nemmeno per sopravvenienza di figli; non ha dovere ad imputazione o a collazione se diverrà erede o legatario del medesimo debitore; i creditori non hanno l' azione pauliana; insomma nessuna delle norme degli atti di liberalità è ad esso applicabile. Non esclusa quella relativa alla forma contrattuale, che può fare a meno del rigorismo che la legge ha stabilito per le donazioni tra vivi, e per gli atti di ultima volontà. E in questo senso si sono pronunziate parecchie Corti di appello e di Cassazione in Francia e in Italia (1).

30. A questo concetto, credesi da taluni faccia contrasto l'art. 1051 del nostro Codice, in cui anche la donazione rimuneratoria per la quale, volere o no, si soddisfano obbligazioni naturali, vien definita come donazione vera e propria. « È donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza, o in considerazione dei meriti del donatario o per *speciale rimunerazione* ». Il legislatore si troverebbe in contraddizione con se stesso se non volesse applicate all' adempimento delle obbligazioni naturali le norme degli atti di liberalità. Ed avendo esplicitamente affermato il contrario nell' articolo suddetto, l'artic. 1237, in cui nulla è detto esplicitamente, devesi interpretare conformemente all' articolo 1051; nel senso di vera obbligazione, sì; ma come quella che scaturisce da un atto di liberalità, ch' è

---

(1) Colmar, 18 luglio 1809, Cass. 29 gen. 1826, 26 marzo 1845, 10 dicembre 1851, 19 dic. 1860, 21 maggio 1862; Parigi, 16 feb. 1860; Nimes, 5 dicembre 1860; Bordeaux 27 maggio 1848, Cass. di Torino 10 dic. 1872...„

libero nel suo principio, obbligatorio dopo fatto ed accettato (1).

Contro queste osservazioni mi permetto di ricordare, anzitutto, che comunque le legislazioni trattino come donazione anche quella rimuneratoria; pure non le confondono nella loro efficacia, essendo la donazione pura e semplice revocabile per ingratitudine del donatario o per sopravvegnenza di figli al donante (2); e la rimuneratoria invece non è revocabile nè per l'una, nè per l'altra causa (3). Cosicchè la figura di donazione nella rimuneratoria è più nominale, che reale. — E pure non si deve confondere coll' adempimento delle obbligazioni naturali, di cui c'intratteughiamo, e in ciò non posso che far plauso al concetto legislativo. Negli atti rimuneratori non si può discernere se, e fino a qual punto, il dovere è semplicemente morale e non giuridico; giacchè colui che avea reso servigî di un genere qualunque potè avere operato per rispetto, per simpatia, per benevolenza, e in tutto questo non ci è il *do ut des*, e quindi mancherebbero i fattori di un contratto bilaterale anche in natura; alla generosità e alla benevolenza rivelata in una forma dall' uno, si risponde con generosità e benevolenza, che rivelasi in altre forme possibili. Chi con generosità d' animo e nobile abnegazione salva un uomo dalla morte col pericolo della propria vita, suscita nel salvato gratitudine e amore: che rivelerà in tutte le forme possibili, non esclusa quella di una donazione di parte del suo patrimonio. Si direbbe qui che trattasi di un pagamento di un debito giuridico vero e proprio, anche naturale? Certo che no. Non trattasi che di corrispondenza di affetti. Il generoso salvatore non pensò nemmeno a crearsi col suo atto nobilissimo un diritto verso la persona salvata. D' altronde i servigi resi e l' oggetto della rimunerazione sono quantità non omogenea, direbbero i matematici, e fra di esse non si può stabilire alcun rapporto di equazione, in cui principalmente stà il concetto fondamentale di giustizia. E quell' elemento di giusto, che ci è nella donazione rimuneratoria, è in-

(1) V. Giorgi, *op. cit.* Vol. 1, n. 43. — Dopo ciò che ho detto nel § 26 non mi preoccupo delle altre osservazioni dell' illustre Giureconsulto, per le quali vorrebbe fare sparire la distinzione tra gli atti di giustizia e gli atti di liberalità pura e semplice.

(2) Art. 1078 Cod. civ. it.

(3) Art. 1087 Cod. civ. it.

determinabile dal legislatore civile; il quale non potendo vedersi la equazione, ha fatto bene non confonderla colla donazione pura e semplice: ma ha fatto anche meglio non confonderla colle obbligazioni naturali vere e proprie giuridiche, di cui ci occupiamo. Tutto questo ci mostra che la difficoltà accampata contro il concetto, che propugniamo, non prova nulla in contrario.

31. Si è creduto pure che ammesso questo principio si dà una arma alla malafede a danno dei diritti certi dei terzi, sarebbero sovvertite tutte le regole sulla collazione, sull' imputazione e sulla riduzione delle donazioni (1).

Quanto all' arma, di cui può abusare la malafede a danno di terzi, osservo che non avvi diritto ed esercizio di diritto, di cui l'abuso sia impossibile, e di cui la malafede non possa servirsi a danno degli altri; non perciò si è creduto di negare tutti i diritti umani e il loro esercizio. Una vendita può aver luogo a danno esclusivo dei terzi, non si è pensato di misconoscere questo diritto, salva l' azione per trovare il dolo e la malafede per farne subire tutte le conseguenze a chi di ragione (2).

Quanto poi alla perturbazione delle regole d' imputazione, di riduzione di donazioni, ec. ciò non si deve menomamente ricordare, perchè non avverrebbe se non ciò ch' è conforme alla esigenza dell'ordine reale di giustizia, a cui conformandoci nulla si perturba; anzi la perturbazione non è che conseguenza necessaria della violazione del giusto, ch' è *realis et personalis proportio quœ, conservata conservat societatem, corrupta, corrumpit.* — Né i casi a cui si accenna possono menomamente preoccupare. Si parla, p. e., di possibile riduzione di legittima a danno dei figli per volontario adempimento di un'obbligazione naturale vera e propria.

Ma io non comprendo come, pur riconoscendo nel padre il di-

(1) V. GIORGI, *op. cit.* n. 49.

(2) Concedo che se si trovano in concorrenza un'obbligazione civile ch' è anche naturale, con altra obbligazione puramente naturale, il debitore non potendo soddisfare ad ambedue, è tenuto a quella civile; e la legge in questo caso, trovando anche adempita l' obbligazione naturale, darebbe certo la preferenza alla prima.

ritto di sciupare il proprio patrimonio (1) lasciando i figli nella miseria, ci sia poi da preoccuparsi della diminuzione del suo patrimonio e quindi della legittima dei figli, ove volesse adempire ad un dovere che non è solo morale ma anche giuridico. I figli non hanno diritto che alla metà del patrimonio che è *proprio* del padre in fine di vita. Se egli sul punto di morire, avendo coscienza di aver defraudato terzi, voglia riparare i torti, pei quali può non aversi azione civile, gli sarebbe vietato di farlo, sol perchè si menomerebbe la legittima dei figli?—E poi, li abusi contro i figli, sono i meno temibili quando si sa che nel loro interesse i genitori con facilezza violerebbero morale e diritto.

§ 3.

D'alcuni pretesi effetti civili delle obbligazioni naturali.

32. Si è creduto trovare nella legge altri effetti civili delle obbligazioni naturali; io però credo che, all'infuori della irretrattabilità del pagamento volontariamente eseguito, e della inapplicabilità ad esso delle regole degli atti di liberalità, nel diritto moderno non ci sia altro (2). Ma siccome Giureconsulti illustri credono di trovarvi altre forme di questa efficacia, ne esaminerò alquante, che potrebbero avere maggior parvenza di verità, lasciando le altre, che mancano pure di questa stessa parvenza.

Il *Pescatore* crede un'obbligazione naturale civilmente nulla sia suscettibile di ratifica o di conferma talvolta colla volontaria esecuzione, e goda della privilegiata prescrizione quinquennale; crede così che gli art. 1300 e 1309 del Codice civile italiano siano delle applicazioni del principio delle obbligazioni naturali (3).

---

(1) All'infuori della sfrenata prodigalità ch'è *mania* di sperpero, la quale provocherebbe la inabilitazione.

(2) Credo potersi comprendere in questo principio la efficacia civile del pegno come garenzia di una obbligazione naturale. Contiene, secondo me, gli elementi essenziali riconosciuti dalla legge: il riconoscimento effettivo di essa, la garenzia reale della esecuzione a compiersi.

(3) Pescatore, *Fil. e dott. giuridiche*, n.

Io, non osservando nulla circa la volontaria esecuzione, sulla quale non è da discutersi, nè sulla ratifica o conferma sulla quale ritornerò, dico solamente che gli articoli suddetti non debbonsi ritenere quali specifiche applicazioni del principio delle obbligazioni naturali fatte dal legislatore, ma risultato d'altri principî e d' altri criteri.

Alcune delle nullità civili dei contratti a cui quegli articoli si riferiscono, sono anche nullità naturali, e quindi incapaci di creare un vincolo qualunque secondo la stessa natura. Un contratto di un interdetto per demenza, che è naturalmente incapace di contrarre obbligazione alcuna; un contratto ch'è stato il risultato della *vis et metus*, è naturalmente nullo ec. sono compresi negli articoli di cui è parola. Dunque il legislatore non poteva in essi veder casi di obbligazione naturale.

Molto meno si può ritenere applicazione di questo principio la riduzione del tempo per la prescrizione. La efficacia civile dell' obbligazione naturale si fondamenta sulla *volontaria esecuzione* del debitore. Questo concetto è basilare, lo stesso *Pescatore* lo mette in rilievo con eloquenza (1). Non si comprende quindi come possa ritenersi conseguenza di questo principio la prescrizione privilegiata che si compie senza, e contro, la volontà del debitore.

Gli art. 1300, 1309 non han che fare col principio delle obbligazioni naturali; li credo invece conseguenza d'altri principi e di altri criteri, della funzione, cioè, voluta accordare dalla legge al *possesso* coniugato col *titolo* pur avente la sola parvenza di legalità. Il possesso è reale, il titolo giuridico ha le apparenze della esistenza, il possessore ha coscienza di trovarsi in pieno diritto, i terzi possono entrare con esso lui in negozi giuridici. La legge intanto vuol tutelare l'interesse di tutti; riconosce nell'un contraente l' azione di nullità, ma nell' interesse dell' altro, che si presume in buona fede, e dei terzi, riduce a 5 anni il tempo utile a mettere le cose a posto: dopo il quale dichiara prescritta l' azione.

Mi confermo nell' idea che questi siano i fini razionali del legislatore, che se dei due elementi, esecuzione eseguita (possesso) e documento legale quantunque nullo, ne manca un solo, non si avrà

---

(1) PESCATORE *op. cit.* n.

nè prescrizione abbreviata, nè possibilità di ratifica o conferma. Giacchè il contratto nullo non eseguito non fa prescrivere mai l'eccezione di nullità (art. 1302), nè si possono sanare per veruno atto confermativo i vizi di un atto nullo in modo assoluto per difetto di formalità (art. 1310) (1).

33. Ammessi questi concetti possiamo applicarli alla conferma o ratifica di cui, in generale, si vorrebbero credere suscettibili le obbligazioni naturali. — Se gli articoli dai quali si vuol derivare questo concetto come abbiamo visto, non sono relativi alle obbligazioni di cui è parola, non abbiamo argomento alcuno per ritenerlo.

D' altronde l'atto di conferma può ritenersi un *nuovo* atto che per volontà dei contraenti ha efficacia retroattiva d' ora per allora il che è in pieno potere dei contraenti come osservava lo stesso *Pescatore*. Tanto più che quest' atto nuovo deve, secondo il prescritto della legge, contenere la *sostanza* della stessa obbligazione; contro cui esiste l' azione di nullità, il *motivo* che la rende viziosa, e la dichiarazione che s' *intende corregere* quel vizio (2). Ed è così nuovo che se tra il primo ed il secondo atto ce n' è qualcuno con terzi sullo stesso oggetto, l' ultimo non pregiudica menomamente i terzi.

34. Si è pur creduto che le obbligazioni naturali faccian civilmente valida la fidejussione, poggiandosi all' art. 1899 della legislazione italiana corrispondente all' art. 1012 della legislazione francese (3) in cui essa è ritenuta valida anche se prestata per una obbligazione annullabile per una eccezione meramente personale dell' obbligato. Non sussistendo, essi dicono, l' obbligazione civile del-

---

(1) In diritto filosofico credo estrema esagerazione l' importanza data in questo e in altri articoli alla forma, tanto più che ritiensi nullità relativa anche quella che risulta d' incapacità del contraente, che può essere pure vera e reale incapacità cosicchè le leggi pare diano maggiore impontanza alla forma, che ai fattori essenziali del contratto; qui si potrebbe ripetere che la forma uccide la sostanza. Ma queste osservazioni sono fuori luogo, discutendo esclusivamente in diritto positivo.

(2) Art. 1309, Cod. civ. it.

(3) In questo concetto sono d'accordo tutti i civilisti italiani e francesi, all'infuori di qualcuno, come il LAROMBIÈRE.

l' obbligato, e sarebbe intanto l' obbligazione principale, solo a vista dell' obbligazione naturale il legislatore potè ritener valida la secondaria, cioè la fidejussione.

Anzi tutto ove questo ragionamento fosse esatto dovrebbesi limitare il concetto al caso determinato dalla legge e non ad ogni caso possibile di nullità civile dell' obbligazione principale. Lo elevano a principio sol perchè era generale il principio presso i romani. Ma conoscendosi intanto che presso di loro l' efficacia delle obbligazioni naturali comprendeva moltissimi effetti non compresi nel diritto moderno, in buona logica l' applicazione non sta.

Ma io vado oltre, nemmeno nel caso determinato dalla legge si tratta di applicazione del principio di obbligazioni naturali; per la gravissima ragione che la nullità, a cui si accenna, può non farla sussistere. La legge parla di obbligazione annullabile per eccezione personale dell' obbligato. E questi può essere anche naturalmente incapace di contrarre obbligazione di qualunque siasi natura.

Nell' articolo suddetto senza il prisma delle obbligazioni naturali del diritto romano, si sarebbe trovata l' applicazione del principio *d' integrazione di consenso*, che ha molte altre applicazioni in istituti diversi. E qui rivela questo concetto in modo perentorio il legislatore medesimo, che non parla di qualunque siasi nullità, ma di quella che deriverebbe da condizioni *meramente personali* dell' obbligato.

E poi, non è ripetuto abbastanza, che il giudice dell' obbligazione naturale non è, secondo la legge, che il medesimo obbligato, e la sua efficacia civile non si lega che alla *volontaria esecuzione* di lui medesimo. Ogni elemento estraneo, o di più, a questi due elementi, sviserebbe il concetto fondamentale della legge.

35. Alcuni giureconsulti, messisi in mente di volere ad ogni costo trovare nel diritto moderno riprodotto il diritto romano puro e semplice in fatto d'obbligazioni naturali, fanno ricorso ad articoli completamente estranei al tema in discussione.

Oltre delle applicazioni esaminate che potrebbero avere una qualunque parvenza di vero, ce ne sono altre che non si comprende come giuristi rispettabili non si sian accorti della completa carenza di ogni rapporto tra il concetto propugnato da loro e l' articolo o le parole dell' articolo a cui fanno ricorso. Si è creduto, p. e, che rien-

tri nella efficacia, accordata dal diritto moderno alle obbligazioni naturali, la validità legale di solidarietà d' obbligazione tra debitore naturale e debitore civile (1). E ciò deducendolo dall' ar. 1187 della legislazione italiana corrispondente all'ar. 1201 della legislazione francese, in cui è detto che « l'obbligazione può essere in solido ancorchè uno dei debitori sia obbligato in *modo diverso* » — Le parole: *in modo diverso* significano per costoro: uno obbligato *civilmente* e l' altro *naturalmente.* E par possibile una interpretazione di questo genere ?.

Specialmente quando il seguito dell' articolo dichiarò in che senso son dette le parole in *mado diverso*: « come se l' obbligazione dell' uno è condizionale e semplice quella dell' altro, ovvero se uno ha un termine a pagare, che non è concesso all' altro » ?

E poi sarebbe una strana solidarietà quella in cui il creditore non può rivolgersi che al solo debitore civile; e quando questo avrà pagato non potrà rivolgersi al debitore naturale.

Si è voluto ire tant' oltre in questo istituto sino a ritenere riconosciuto il diritto di retenzione e di compensazione contro il soggetto di un' obbligazione naturale; il quale non solo non risulta da disposizione legislativa, gli articoli a cui si rivolgono essendo completamente estranei, ma è contrario al ripetuto principio della volontaria esecuzione per parte del subbietto, alla quale si lega l' efficacia civile delle obbligazioni naturali. D' altronde è evidente che per le legislazioni moderne quel diritto è solo ammesso fra crediti egualmente esigibili, e quindi egualmente civili; e in determinati rapporti giuridici.

Cennati di volo quest' ultimi pretesi effetti delle obbligazioni naturali, credo ribadito il principio che la loro efficacia civile si lega alla volontaria esecuzione del debitore, e non comprendo se non la irretrattabilità del pagamento fatto, e alla inapplicabilità ad esso delle norme relative agli atti di liberalità, che potrei chiamare la compreensione della efficacia civile delle obbligazioni naturali. Bisogna ora esaminare la loro estensione, o in quali casi e in quali rapporti può ritenersi esistente l' obbligazione naturale.

---

(1) V. Massol, *De l'oblig. natur. et l'oblig. moral en dr. rom. et en dr. franc.* p. II. c. II.

Semmola, *Delle oblig. natur. considerate nel dir. rom. e nel dir. presente.*

§ 6.

Criterî generali e particolari per conoscere l'esistenza delle obbligazioni naturali.

36. La legge non ci dà certo un elenco di queste obbligazioni, nè applica a casi particolari il principio da essa affermato. Si è creduto da taluni che ne siano applicazioni gli art. 1300, 1309 relativi alla ratifica e alla prescrizione quinquennale, non che l'art. 1899 relativo alla validità della fidejussione in un contratto nullo per incapacità personale dell'obbligato principale; ma si è visto che nol sono. Potrebbe ritenersi applicazione, poco felice se si vuole, del principio di cui è parola l'art. 1802 relativo alla irretrattabilità del pagamento del debito di giuoco; intorno al quale in diritto filosofico mi trovo di aver manifestato i miei dubbî o le mie opposizioni, ma in diritto positivo, parmi non potersi negare che il legislatore riconosca nel debitore che ha perduto un'obbligazione naturale di pagamento. All' infuori di questa, non abbiamo altra applicazione. Questo silenzio è stato oggetto di critica al legislatore, ma di ciò discuterò a suo luogo; per ora constato il fatto, che intorno ad obgazioni naturali nella nostra legislazione all' infuori dell'art. 1237, corrispondente all'art. 1235 della legislazione francese, non abbiamo più nulla.—Ciò prova che il legislatore non ha voluto affidare alla coscienza umana solamente la *esecuzione* dell'obbligazione naturale, ma pure l'apprezzamento sulla sua *esistenza*, o no.

Questa coscienza non dev'essere però esclusivamente subbiettiva, tanto più che nelle conseguenze potrebbero esservi interessati anche i terzi; ed il magistrato può essere chiamato a giudicare se in un determinato caso si tratti, o no, di obbligazioni naturali. Nel silenzio della legge a quali fonti deve attingersi questa nozione perchè nei casi concreti possa giustificarsi se esiste o pur no? — Ecco l' indagine ch'è necessario si faccia.

37. Anzitutto, un' obbligazione perchè sia solamente naturale non basta che non sia esplicitamente sanzionata nei codici; può esservi contenuta in principî che essi sanzionano, o nei *principî generali di diritto* (1) e allora, giusta l'art. 3 del Titolo preliminare

(1) Il Gabba giustamente deplora che il legislatore italiano, imitando in

della legislazione patria sarebbe obbligazione civile, e non esclusivamente naturale. Perchè sia tale, quindi, bisogna che mentre essa sia rivelazione della coscienza, pure trovi o in sè, o nelle sue condizioni, un' opposizione a qualche cosa che il legislatore abbia espressamente rivelato.

Premessa questa avvertenza, perchè si possano conoscere le obbligazioni naturali bisogna che si conoscano i diritti per mezzo della ragione umana derivandoli dalla natura e quelli che trovansi in opposizione colle affermazioni positive della legge sono diritti naturali e non civili; e tali le correlative obbligazioni.

38. La ragione ne sarà quindi il criterio conoscitore, la natura umana il criterio derivatore.

Quando dico: natura umana, dico l' uomo nel suo doppio principio costitutivo psico-fisico, nei suoi attributi, nei suoi bisogni, nei suoi rapporti con l' assoluto, coi simili, con la natura che lo circonda e in cui vive, nella sua teleologia; dico l'uomo non solo come individuo, ma come membro della grande famiglia, e quindi la società nella sua natura, nei suoi fini, nelle sue funzioni. E tutto questo non solo in ciò ch'è, ma in ciò ch' è stato, e in ciò che accenna a divenire.

Ma perchè la ragione umana in queste indagini non si smarrisca, non deve funzionare come forza individua; si avrebbe il doloroso spettacolo che sopra cennai, vi sarebbero affermate tante serie di diritti diverse e contrarie, quanti pensatori, quanti giusnaturalisti. Anche il comunista nelle sue giuridiche affermazioni crede di avere interpretata la natura. La ragione individuale non deve compiere il deplorevole scima della ragione dell' umanità.

39. D' altronde l' idea feconda del giusto, oltrechè una visione della intelligenza è una rivelazione della coscienza umana; e questa coscienza è progressiva si, come è progressivo il pensiero, ma non è suscettibile dei rapidi e bruschi movimenti spesso vorticosi, che

---

questo articolo il § 7 del Codice civile austriaco, non ne volle usare la frase: *diritto naturale* nè altra equipollente, e preferì la vaga espressione: *principii generali di diritto*, quasi temesse il richiamo o il connubbio del diritto positivo colla filosofia del diritto. V. *Prolusione al corso di dir. civile*; anno scolastico 1887-88. Ma per quanta vaga sia quella espressione, non menoma il vero a cui io accenno.

sono tutt' altro che cammino, accostamento alla meta. Il pensiero illumina la coscienza, la eleva, la elarga; ma questa raffrena i pensatori, li dirige, mostra loro i pericoli, li richiama ai veri eterni; e integrandosi a vicenda si ha il moto normale, calmo, progressivo, fecondo.

Questa coscienza non individuale ma umana si rivela nelle istituzioni, nei costumi, nelle leggi, le quali sotto le mutabili parvenze e nel loro perenne divenire conservano il fondo immutabile dell' idea eterna del giusto.

Così riesce di grande importanza lo studio comparato delle legislazioni vigenti, non che la storia generale del diritto. Il primo ci dà le idee in cui o tutte o la maggior parte di esse convengono, il che è di grande garenzia alla ragione umana nella indagine e nella derivazione dei diritti (1). La storia a sua volta ci dà le leggi del divenire del diritto medesimo, le tendenze nel suo movimento; e dalle tendenze o dalla via segnata si detege la meta, si scorge l' ideale, e le norme con cui si traduce nei fatti e nelle istituzioni.

Lo studio del giure come rivelazione della coscienza universale non si scompagnerà certo dallo studio della coscienza giuridica nazionale. Tutti i fattori determinanti la fisonomia particolare dei popoli, di qualunque natura essi siano, modificando i bisogni, le utilità, il grado di cultura, di civiltà, di moralità, ec., modificano anche la coscienza giuridica; non solo per ciò che àvvi di subbiettivo in essa, ma anche per ciò che àvvi di obbiettivo e di reale nei bisogni, nelle utilità, nella vita razionale. Nè queste modifiche alterano sostanzialmente il giure, ma l'adattano all'ambiente fisico-morale in cui un popolo vive.

Così concepita la filosofia del diritto, o lo studio del diritto naturale, non si perde in vane discussioni di astratte e contraddittorie

(1) Il Giorgi fa le meraviglie che in fatto di obbligazioni naturali facciamo ricorso a questa fonte. Che potere si hanno, egli dice, presso un popolo le leggi di altri Stati? (*Op. cit.* Vol. I, n. 51). L' ill. giureconsulto dimentica che qui siamo in indagini per determinare la esistenza o no di obbligazioni naturali, e non *civili*. — Ricordo qui che il Pretore romano dovendo giudicare i peregrini colle loro leggi, scorgendo talvolta in esse maggiore armonia coi principi eterni di giustizia, le applicava di seguito come leggi di equità, ed è che così andava scemando il dualismo tra il *jus civile* e il *jus gentium*.

teorie più o meno vaporose e più o meno fantastiche ; ma rendesi direi scienza viva e feconda, da cui si hanno compiute rivelazioni di diritti e dei correlativi doveri. I quali se nulla trovano di contraddizione nelle leggi positive vigenti devono ritenersi come obbligazioni civili per l' ar. 3 del titolo preliminare a cui accennai; ma se trovano in esse una qualunque affermazione contraria saranno ritenute quali obbligazioni solamente naturali.

E più facilmente questa equazione si troverà manchevole, e quindi maggior numero si avrà di obbligazioni naturali, quando il non riconoscimento da parte delle leggi, anzichè da ragioni intrinsiche del giusto, deriva da ragioni estrinsiche: da utilità sociale, dal bisogno di disarmare la mala fede, dalle necessità di evitare perturbazioni, dal dovere dare al *parere* la stessa efficacia dell' *essere*.

40. Alla domanda—da quali criterî si conosce la esistenza, o no, di una obbligazione naturale—si potrà rispondere più brevemente: con quella coscienza di *equità*, che non permetta (qualunque siano le leggi in vigore) un qualunque indebito arricchimento, nè approvi un danno indebitamente arrecato. Con quei medesimi criterî, e con quelle medesime norme con cui le conosceva e le rivelava il Pretore romano, eco vivente della coscienza pubblica del giusto. Colla differenza che per il Pretore romano la rivelazione di questa coscienza aveva efficacia civile, ed ora rimane affidata alla libera esecuzione del debitore; e coll' altra sui gradi del dualismo tra questa coscienza della giustizia obbiettiva, e il diritto positivo; che allora erano molti, moltissimi, se si vuole; ed ora son pochi, ma ci sono, e ci saranno sempre.

Cennati i principi generali, da cui si possono derivare le obbligazioni naturali, sarebbe utile venire a delle applicazioni coordinate sistematicamente secondo l' ordine e il legame logico degli stessi istituti giuridici; ma il lavoro così piglierebbe vastissime proporzioni; ed io non presento che le prime linee del concetto e della sua applicabilità. — Pure accennerò a qualche caso, tanto più che ho visto negare ciò che, secondo me, dovrebbesi affermare.

41. Si è creduto che colui che avrà negato un suo debito reale con giuramento decisorio non rimanga vincolato da obbligazione naturale, con tutte le sue conseguenze civili, in caso di pagamento

posteriormenie eseguito.—E ciò per lo specioso argomento che sarebbe scandaloso che la legge la quale non ammette prove in contrario a questa prova ultima, voglia poi essa stessa ritenere lo spergiuro.

— Che la legge, osservo io, non presuma lo spergiuro, non ammetta prove in contrario al giuramento decisorio, è vero, e si comprende ; ma quando è lo stesso debitore che spinto dal rimorso volontariamente paga, che il suo pagamento non debba essere regolato con tutte le conseguenze civili del pagamento del debito, oltre che negazione del diritto, sarebbe davvero scandaloso. – Lo scandalo quindi sarebbe in questa e non nella contraria affermazione. D' altronde non sarebbe allo spergiuro che si darebbero effetti civili, ma alla riparazione di esso, atto eminentemente morale.

42. La contraddizione cresce quando si afferma che in quel debitore rimanga l' obbligazione morale di soddisfare il debito. — Ma questa obbligazione, che vuolsi chiamare *morale*, è certo che rientra nell' ordine di giustizia, *tribuire unicuique suum;* dunque è obbligazione giuridica ; ciò che si paga è un vero debito, non è un atto di liberalità. Dunque, è una obbligazione naturale vera e propria. Si vorrebbe negare la irretrattabilità del pagamento ? — Ma se obbligazione naturale non si può negare senza venir meno alla logica.—E poi ad evitare il preteso scandalo dovrebbero ritenere senza scandalo che lo spergiuro si presenti al magistrato per dirgli « io dopo avere spergiurato, con coscienza di spergiurare, spinto dal rimorso pagai il mio creditore ; ora mi son pentito del pagamento , mi si restituisca ciò che indebitamente pagai » e il magistrato senza l' ombra dello scandalo dovrebbe costringere il creditore stato pagato a restituire ciò ch' era suo !!

43. Se si ammettesse poi, come taluni credono, che anche trattandosi di soddisfare di obbligazione morale devesi ritenere la irretrattabilità del pagamento, l' inconveniente anche dal punto di vista della loro teoria anzichè scemare, cresce. Infatti essi vorrebbero negare l'indole un'obbligazione naturale per non rendere possibile un giudizio in cui si dovrebbe accertare lo scandalo dello spergiuro ; ma è evidente, che negandosi il diritto di ripetere il pagato, lo spergiuro rimane provato. Inoltre essi si preoccupano della contraddizione tra l' efficacia incondizionata del giuramento decisorio e l' esistenza dell' obbligazione naturale ; ma affermando la

irretrattabilità del pagamento negano o sospendono quella presunzione *juris et de jure*.

44. Nè fa ostacolo a questo concetto l' art. 1373 al. 3 del codice civile italiano in cui è detto, che « il giuramento deferito al debitore principale libera egualmente i fidejussori ». Se ci fosse, si dice, obbligazione naturale sussisterebbe la fidejussione.—Ciò prova meglio, rispondo io, ciò che sopra ho detto che la validità della fidejussione di cui si parla all' art. 1899 si fondamenta nell' integrazione del consenso riconosciuto in modi diversi dalla legge. — Nel l' articolo che ora s' invoca non parlasi che di obbligazione civile la quale cessata nel subbietto principale pel giuramento, cessa pei fidejussori. Il concetto non può essere nè più vero, nè più esatto.— Non può aver di mira il caso nostro che lo spergiuro paghi volontariamente; perchè d'altronde non saprebbesi concepire la fidejussione a pagamento eseguito.

45. Analoga a questa è la pretesa che non sussiste obbligazione naturale in opposizione alla *res judicata quae pro veritate habetur* (1). Se si dovesse riconoscere efficacia civile ad un pagamento di un debito, che per la *res judicata* non sussiste. s' infirmerebbe la efficaçia della cosa giudicata, il diritto negherebbe sè stesso.

—Tutto questo avverrebbe se si pretendesse che il creditore naturale si abbia un' azione qualunque contro il debitore in opposizione alla *res judicata*; ma siamo su di un terreno completamente diverso. Il giudice non ha preteso mai essere infallibile, nè di leggere l'intimo pensiero del giudicando, nè di penetrare entro il santuario della di lui coscienza; esso giudica *secundum acta et probata* e da questi non veniva provata l' esistenza dell' obbligazione quantunque potrebbe essere vera e reale. Il debitore che avea sconfessato il suo debito, e dopo la *res judicata* lo dichiara e lo soddisfa, non proverebbe altro che il magistrato non è un Dio, a cui nulla si può occultare, e nulla quindi si perturba se eseguito il pagamento sia ritenuto come un *debito* soddisfatto, e che invano si penserebbe di rittrattare. Dunque l'obbligazione naturale anche in opposizione alla *res judicata* sussiste.

---

(1) Mussol, *op. cit.* p. II, c. III, § V.
Però chiar. giureconsulti propugnano il concetto contrario.

46. E qui possiamo applicare tutti gli altri argomenti che s'invocarono pel giuramento, perchè anche in questo caso mentre vuolsi negare l' esistenza dell'obbligazione naturale. si afferma la esistenza del dovere, inciampando in quelle contraddizioni che abbiamo già messo in rilievo.

47. Si accenna anche qui la possibile malafede a danno dei terzi ammettendo il concetto di cui è parola. Ma altrove ho risposto n generale a questo argomento ed è inutile tornarvi su; qui però posso dire che siccome di qualunque altra obbligazione naturale si può abusare più che di un' obbligazione civile, per essere logici dovrebbero non limitarsi a negare questa che risulterebbe dalla *res iudicata*, ma negarle tutte, ed avrebbero ragione coloro i quali non ne ammettono nessuna. Ma ammetterle, e poi arrestarsi innanzi a questa e a quella pel pericolo della malafede a danno dei terzi, è una vera incoerenza (1).

48. Si è financo affermato che la prescrizione civile senza distinzione alcuna non faccia sussistere l' obbligazione naturale (2).— E parmi stranissimo che molti scrittori mentre vorrebbero comprendere nella efficacia civile delle obbligazioni naturali quasi tutte le funzioni che queste si aveano nel diritto romano facendo violenza allo spirito e alla lettera del diritto moderno, vogliano poi ridurre le stesse obbligazioni naturali a sì minima espressione da farle sparire annientando le principali sorgenti da cui promanano.

Gli argomenti legali in prova del loro assunto son tratti dall' art. 1234 del codice francese corrispondente all' art. 1236 del codice italiano nel quale la prescrizione annoverata accanto al pagamento e la remissione del debito che estingue ogni obbligazione, e dall' art. 1234 (cod. fr.) (art. 2105 cod. civ. it.) nel quale definita la prescrizione, affermasi che « libera da una obbligazione » senza distinzione tra civile e naturale.

---

(1) In diritto romano abbiamo intorno alla esistenza o no dell' obbligazione naturale in opposizione alla *res judicata* vere antinomie. Abbiamo frammenti *pro* e *contra* e romanisti che a loro volta sostengono le due tesi contrarie. V. leg. 67 § 1 D. (12, 6) leg. 8 § 1, D. (46, 8) leg. 13 D. (20, 6).

(2) Massol, (*Op. cit.* p. II, c. III, § IV); Troplong, (*De la prescription*, t. I. 29); Dalloz, (*Jurisprudence gènerale*, t. XXXIII); ec.

Gli argomenti, poi, razionali si poggiano sul preteso abbandono implicito del vero proprietario (1).

Degli argomenti tratti dalla legge non mi occupo; in quegli articoli non si parla che della funzione civile della prescrizione. Nè mi preoccupa menomamente che il legislatore non faccia lì la distinzione tra obbligazione civile ed obbligazione naturale; chè fatta solamente nell' art. 1237, non ne fa più motto in nessun altro articolo; e poi, sarebbe stranissimo che il codice civile fosse ad un tempo codice di obbligazioni naturali.

49. L' abbandono, poi, a cui si fa ricorso, non si presume, deve costare da fatti; una presunzione di tal genere è tutt' altro che giuridica. — Io non riprovo l' istituto della prescrizione civile; ad esso si lega la tutela della buona fede dei terzi « del pubblico interesse e della pace pubblica del diritto; e si fondamenta nella presunzione che dopo un determinato tempo il pagamento sia stato eseguito, e il documento che lo prova siasi perduto.

Ma l' obbligazione naturale si poggia sulla coscienza del debitore, e quindi egli conosce se ha, o non, pagato; l' efficacia civile comincia dopo il volontario pagamento del debito, quegli argomenti perciò non hanno valore per essa.

50. Comprendo anch'io che vi son casi di prescrizione, che ha efficacia naturale e agisce quindi sulla coscienza medesima del debitore. La buona fede del possessore che per molti anni si trova vincolato alla cosa coll'animo e colla coscienza di averne il diritto; il fatto del vero proprietario in posizione di disingannarlo che non cura di riacquistarla e fa sempre più imprimere alla cosa la personalità del possessore, ec. ec.; tutto questo può anche naturalmente far divenire giuridico quel vincolo che s' inizia come fatto, accompagnato dalla coscienza subbiettiva del diritto. Ma affermare come principio

---

(1) Qualcuno non ha avuto difficoltà di aggiungere che in un credito ingiusto la prescrizione della naturale obbligazione rimette il rapporto in conformità alla giustizia, Jacoucci, *Delle obbligazioni naturali nel Diritto rom. e nel dir. moderno* — Dimenticava lo scrittore che dire *obbligazione naturale ingiusta* è affermare una contraddizione nei termini.

L' obbligazione per essere naturale è necessario che sia obbiettiva, vera, reale; se no, non esiste. E se esiste è impossibile che sia ingiusta, perchè in questo caso sarebbe inesistente.

che la prescrizione civile per sè, senza distinzione alcuna, possa non far sussistere l'obbligazione naturale, ripugna alla coscienza del giusto che l'affermi il legislatore per la funzione civile della legge. E pure sul campo del diritto civile, è stata chiamata *improbum rimedium*, e lo stesso legislatore vieta al magistrato di applicarla di diritto se non viene eccepita (1). Io non comprendo come possa sostenersi non sussistente l'obbligazione naturale avvenuta la prescrizione civile, quando questa nella più parte dei casi disonora in faccia alla pubblica opinione colui che l'eccepisce (2).

51. Qui pure si ripete la strana contraddizione che negata l'esistenza dell'obbligazione naturale, si afferma sussistere l'obbligazione di coscienza. Possono quindi applicarsi le osservazioni da me fatte in occasione del giuramento decisorio (3).

52. Si è pure discusso se nel fallito dopo il concordato coi creditori rimanga o no l'obbligazione naturale per quella parte di debito non soddisfatto. La maggior parte degli scrittori rispondono affermativamente. Altri distinguendo la maggioranza, che firmò il concordato, dalla minoranza, che lo subì, dicono sussistere l'obbligane naturale verso gli ultimi solamente. E facendo anche qui capolino la fidejussione si soggiunge ch'essa sussiste pei secondi non pei primi.

---

(1) Art. 2109 Cod. civ. it.—Art. 2223 Cod. civ. fr. Nè allo spirito di questo articolo fa opposizione il concetto dall'art. 2112 del codice patrio in cui è detto che i creditori o qualunque altra persona interessata a far valere la prescrizione, possono opporla non ostante che il debitore vi rinunzi » — Qui il legislatore evidentemente si preoccupa della possibile malafede a danno di terzi, e le chiude la via.

(2) Non occorre ricordare che non mancano illustri giuristi che propugnano la dottrina contraria fra cui il Pothier (*Obblig.* n. 196) Merlin, Delvincour (T. II, p. 252, nota), Duranton (T. X, n. 41), Pescatore (*La log. del Dir.* Vol. 1, par. I—*Fil.* e *Dot. giur.* par. II, lib. I, cap. XXXIII, Pacifici-Mazzoni, lib. III, Tit. IN, cap. I.

(3) Sono più coerenti non pochi trattatisti di etica cristiana, i quali insegnano che la prescrizione (senza distinzione alcuna) estingue anche l'obbligazione morale di coscienza, almeno *probabilius*. Ma se questi ci guadagnano in fatto di logica in faccia ai giuristi di cui è parola, ci perdono, e troppo, in faccia alla altezza e alla santità della legge del dovere.

Ove in questo caso la fidejussione si avesse efficacia giuridica a vista della sussistenza delle obbligazioni naturali, dovrebbero i magistrati respingere l'azione dei creditori della prima categoria (coloro che firmarono il concordato) contro i fidejussori, ed accettare l'azione contro di loro presentata dalla seconda categoria (coloro che subirono il concordato); e ciò non è avvenuto mai, nè avverrà mai in nessun tribunale francese ed italiano, regolati dalle medesime leggi in fatto di obbligazioni naturali. Il che prova sempre più e meglio che la fidejussione non ha rapporto alcuno coll'istituto di cui ci occupiamo, il quale, non è mai superfluo il ripeterlo, non si rivela che ad obbligazione eseguita volontariamente dal debitore; e avvenuto il pagamento, la efficacia della fidejussione non sarebbe nemmeno concepibile.

Se nel caso di cui ci occupiamo sussiste la fidejussione, è perchè sussiste l'obbligazione civile dei fidejussori a pro dei creditori anche dopo il concordato. Per esso suppone la legge, i creditori, si ebbero dal debitore principale ciò che potevano aversi; pel resto rimane loro l'azione contro i fidejussori.

53. Nè credo accettabile la distinzione tra maggioranza firmataria, del concordato e minoranza non firmataria. Il concetto giuridico in questo caso è quello di *massa* di creditori, cioè l'ente morale creditore o la *personalità* collettiva dei creditori, che risulta dalla *solidarietà* dell'interesse di tutti e dall'*unità* dell'indirizzo necessario a raggiungere lo scopo di ricevere ognuno ciò che gli appartiene. Partendo da questo concetto, la minoranza è obbigata non solo civilmente, ma naturalmente, a sottostare e a partecipare a tutte le conseguenze del deliberato della maggioranza, come negli atti di qualunque altro ente collettivo o di persona sociale.

54. Rimane ora la quistione in se stessa; sussiste o no l'obbligazione naturale nel fallito per ciò che non ha pagato?

Secondo me, no. — Gli argomenti di coloro che affermano il contrario sono desunti dalla legge positiva. Ma in essa direttamente non può nulla trovarsi, per le ragioni avanti manifestate. Fanno appello all'art. 715 dell'ab. cod. di comm. corrispondente nella sostanza all'art. 816 del nuovo, in cui si afferma che « il fallito che ha pagato *interamente* in capitali, interessi e spese, tutte le somme dovute, può ottenere la sua *riabilitazione* ». — Dunque, essi

dicono, la legge fino all' *intera* estinzione del debito ritiene *vincolato* il fallito.

Osservo anzi tutto che quell' articolo non suppone il concordato. Dunque siamo completamente fuori il caso della discussione.

Nè dal fatto della persistenza della interdizione si può dedurre la persistenza dell'obbligazione *naturale* la quale anzi tutto si fondamenta sulla *coscienza* del debitore: sono concetti per sè distinti e separati. Nè poi l' istituto dell' interdizione civile risponde alle esigenze della natura. E quella del fallito come è concepita nel codice senza distinzione alcuna di dolo da buona fede, di onestà, ec. è precisamente una di quelle che non sono razionali. Il più onesto degli uomini può subire la sventura della fallenza , e alla sua sventura unisce la legge le stigmate della interdizione. Si sia severissimi contro i colpevoli, ma non si macchi di disonore la fronte dell'onesto sventurato.—E da una legge positiva poco o nulla razionale non si può dedurre un' obbligazione naturale. Ma , ripeto , l' obbligazione naturale anzichè dalla legge positiva si deduce dall' intrinseca natura del rapporto.

55. Il concordato ha tutti i caratteri di una transazione vera e propria. I creditori mettono a calcolo il tempo necessario perchè si svolgano completamente tutti gli atti, le spese di giudizio, il patrimonio del fallito in curatela, ec.. Tutto esaminato preferiscono nel laro interesse, e se si vuole, anche nell' interessse del debitore, accettano o propongono il concordato ; che stipulato ha non solo efficacia civile, ma obbiettiva e reale, come l'ha ogni atto di transazione.

Ciò però qundo tutto è preceduto senza dolo alcuno. Se creditori apparenti a danno dei veri creditori vi concorrono e talvolta son quelli che costituiscono la maggioranza di cui la minoranza (i veri creditori) riman vittima, l' obbligazione naturale evidentemente sussiste ; e sussisterebbe anche la civile se si trovasse modo d' impedire furti iniqui commessi colle parvenze legali, e se all'azione civile si unisse l' azione penale contro gli autori e i complici di frodi così spudorate.

§ 7.

Se e quando un contratto civilmente nullo faccia sussistere l' obbligazione naturale.

56. Sembrami importante la questione se , e quando , un con-

tratto civilmente inefficace faccia sussistere l' obbligazione naturale, non tanto pel principio, quanto pei criterî di discernimento.

Che un contratto possa non avere efficienza civile, pur rimanendo intera l' obbligazione naturale di adempierlo, è indiscutibile. Un contratto verbale di mutuo al di sopra di L. 500 non potrà farsi valere civilmente. Pure chi negherebbe che il mutuatario si abbia l' obbligo di adempiere al contratto? — La difficoltà quindi consiste nella determinazione del criterio o dei criterî per conoscersi quale inefficacia civile faccia sussistere, e quale no, l' obbligazione naturale.

57. È inutile si faccia ricorso alla distinzione per nulla razionale dei contratti *nulli* o *annullabili*; perchè anche gli ultimi eran già nulli obbiettivamente ed il magistrato non fa che *dichiarare* la nullità preesistente. È pur vano rivolgerci a ritenere come criterio la distinzione stessa, che fa la legge dei contratti *ratificabili* o non *ratificabili*, non esclusa quella che deriva dalla stessa esecuzione, per ragioni già dette. Il legislatore negli articoli a cui si accenna non parte dal concetto di dette obbligazioni naturali, sì perchè annovera fra i ratificabili contratti *naturalmente* nulli come pure perchè la prescrizione privilegiata, che legasi ai contratti ratificabili, eccede la efficacia dell' obbligazione naturale proclamata dallo stesso legislatore.

E abbiamo visto come il *Pescatore* che ritenne il contrario fu costretto venire a distinzione ed a elevare altri criteri che ove pure fossero razionali, non solo, non scaturiscono dalla legge, ma spesso da quei criterî verrebbero esclusi contratti che la legge include, e viceversa.

Nè d' altronde parmi esatto che si ricerchino nelle leggi civili criterî per determinare l' esistenza, o no, delle obbligazioni *naturali*. Da esse, solo per *accidens* talvolta possiamo conoscere, non l' *esistenza* di un' obbligazione naturale, ma il fatto, in *iure condito*, che ad essa potrà essere negata particolarmente quella qualunque efficacia civile che in generale è accordata alle obbligazioni naturali. Se esiste o no qualcuno di questi casi lo esaminerò a suo luogo.

58. Il criterio per risolvere il problema è troppo semplice nella sua generalità. « Se la nullità civile di un contratto è anche naturale non esiste obbligazione nè civile nè naturale, se la nullità è solamente civile sussiste l' obbligazione naturale ».

Ma comprendo, anch' io, che l' applicazione di questo principio ai casi particolari non riesce sempre facile.—Mi permetto venire a dei criterî meno generali compresi nel principio suddetto.

È certo esigenza naturale per la efficienza giuridica di ogni contratto che ci siano i subbietti contraenti e l' obbietto della convenzione; e quelli come questo si abbiano le condizioni necessarie per la validità di essa.

59. Sono note le condizioni relative al subbietto che le leggi esigono per la capacità di contrarre ed in generale sono parallele alle condizioni che scaturiscono dalla natura; fanno eccezione le incapacità legali propriamente dette, l' incapacità, cioè, della donna maritata, del condannato, del fallito e la nullità dei loro contratti devesi ritenere quindi solamente civile e non naturale; si hanno tutte le ragioni per ritenere conforme a natura la inabilitazione del prodigo perchè in lui vi ha *mania* di sperpero. La minore età sino a certi limiti rende l'uomo, oltre che civilmente, naturalmente incapace, ma il 21 anno richiesto per la sua capacità è un dato stabilito dal legislatore, a 20 anni; talvolta anche prima, si è naturalmente capaci e quindi un contratto in quell' età può creare il vincolo naturale.

Quanto alla pretesa di regolare le nullità dei contratti degl'interdetti per perturbazione mentale, e per altre cause patologiche che non fanno normale la coscienza e la libertà nell' individuo umano, come incapacità legale solo perchè la legge l' ha affermato ed il magistrato l' ha applicato nei casi concreti e particolari, se non è, secondo me attendibile per determinare le conseguenze della nullità civile, è molto meno attendibile in fatto di obbligazioni naturali. Si pretende p. e. da non pochi scrittori di diritto civile, che un contratto di un interdetto per demenza per dirsi nullo *realmente*, si dovrebbe *provare* che nel *momento* del contratto la mente trovavasi perturbata; senza questa prova, essi dicono, la nullità devesi ritenere solamente legale, e non reale. E non ritengono nemmeno la *presuntio iuris* della perturbazione. (dessero almeno all' altro contraente l' obbligo di provare il contrario). Si poggiano molto sui lucidi intervalli; che, ove pure fossero veri, non darebbero lo stato normale della coscienza e della libertà umana (1).

---

(1) Su questo vero ho insistito in altro lavoro; La *Teoria dei contratti nella filosofia del diritto*.

60. Un contratto nullo per errore essenziale (cioè relativo al fine immediato per cui si fece il contratto e senza cui non si sarebbe fatto) per dolo, per *vi et metu*, non solo è civilmente inefficace, lo è pure naturalmente.

Così possiamo elevare a principio che i contratti nulli per manco di *condizioni subbiettive* dei contraenti, a meno che non si tratti dell' incapacità della donna maritata, del condannato, del fallito e, infra certi di limiti, del minorenne, non fanno sussistere obbligazione naturale.

61. Quanto alle condizioni obbiettive che esigono le leggi di qualunque siasi ordine, (reale, giuridico, morale, economico, sociale (1)), sono da ritenersi conformi alle esigenze della realtà obbiettiva della natura. Il manco, quindi, di una di quelle condizioni, insieme alla civile non fa sussistere l' obbligazione naturale.

62. Non credo perciò accettabile il criterio del *Pescatore* che annovera « *le condizioni di validità imposte dalla legge positiva a tutela di un interesse* PARTICOLARE e PROPRIO *del contraente* » fra quelle che pur mancando fanno sussistere l' obbligazione naturale (2). La condizione p. e. di una certa eguaglianza tra i valori che si scambino oltre di essere della legge è una esigenza dall' ordine obbiettivo di giustizia; la nullità della *enorme lesione* o dei patti *leonini* è intesa a tutelare un interesse particolare del contraente, e pure chi ardirebbe dire che in questi o in simili casi sussista obbligazione naturale? Quel contratto suppone o un errore, che non sempre si può provare, o un abuso iniquo della dura necessità in cui si troverebbe un contraente, e in questo caso più che la civile vien meno l' obbligazione naturale.

In fatto di condizioni obbiettive quindi possiamo elevare il principio che la nullità civile è ad un tempo nullità naturale, col vincolo della legge manca quello della natura.

Fanno, secondo me, eccezione: il contratto che stipula una elevatissima usura che produce obbligazione civile e non naturale; e

---

(1) V. FISICHELLA. *La Teoria dei contratti nella filosofia del diritto.* Tit. II, sez. II, Catania 1889.

(2) PESCATORE, *fil. e dot. giur.* P. II, lib. I, Cap. XXXVII.

al contrario il contratto pel terzo che sarebbe nullo civilmente, e naturalmente valido (1).

63. Quanto a nullità civile di contratti per manco di condizioni formali stabilite dalle leggi non possiamo venire alle conclusioni di parallelismo (di poche eccezioni all'infuori) tra l'esistenza, o no, dell'obbligazione civile e quella naturale, che si è visto nelle condizioni subbiettive ed obbiettive. Qui il dualismo si accentua; e le difficoltà, in trovare l'obbligazione naturale in manco della civile, si accrescono pur troppo.

È fuori dubbio che lo Stato, per constature e tutelare i diritti di tutti, per togliere possibilmente ogni causa di lite, per chiudere la via alla mala fede, ec. debba esigere con ragione, per determinati contratti, forme particolari, quali prove esclusive delle convenzioni avvenute. Ma è secondo ragione che quelle forme si ritengano come condizione anche di esistenza?

Certo è che essendosi in un contratto il consenso cosciente e libere manifestato in una forma qualunque, e la cosa avendo tutte le condizioni per essere oggetto di convenzioni, si trovano tutti i fattori essenziali, e tutte le condizioni essenziali a costituire l'obbligazione convenzionale. Se questa per manco di forma voluta dalla legge non si ha efficacia civile, l'obbligazione naturale sussiste certo. Nè la legge, dicevo io in altro lavoro (2), può fare inesistente, ciò che realmente esiste.—E mi confortava in questa conclusione il graduale diminuire dell'importanza della forma nella storia delle legislazioni positive, e il fatto importantissimo dell'ultima legislazione commerciale italiana, nella quale in un modo esplicito alla forma imperata dalla legge viene assegnata la sola funzione probatoria, contrariamente al codice commerciale del 1865, pel quale la forma aveva la medesima funzione che si ha pel codice civile. — Ora però, tornando al medesimo concetto, sento dei dubbî; mi pare che l'idea che propugnavo sia troppo esclusiva, sia troppo generale e dovrei venire a qualche temperamento.

64. Mi pare che come la libertà individuale non ha diritto, in

(1) Le ragioni dell'uno e dell'altro caso si possono vedere nel mio lavoro sopracitato. *La Teoria dei Contr.* ec. pag. 288-295, 315-325.

(2) *La Teoria dei cont. nella fil. del diritto*.

una donazione tra vivi, e in un atto di altima volontà, di scindere la proprietà dall' usufrutto per più di una generazione, e d' istituire un fidecommesso, pel danno economico che avverrebbe nella realtà obbiettiva, non solo nell' interesse privato, ma anche nel pubblico interesse per la funzione sociale della proprietà; così potrebbe riputarsi non libero di adoprare una anzichè un' altra forma di contratto, quando l' oggetto di esso nel privato e nel pubblico interesse ne esige una che racchiuda le condizioni di sicurezza, di tutela, di garenzia, nel presente e nell' avvenire, pei contraenti e pei terzi, per gl'individui e per le famiglie. E se così, anche naturalmente ed eticamente privo di quella forma, il contratto sarebbe nullo, come nulla la istituzione di un fidecommesso, come nulla la istituzione di un erede usufruttuario di un latifondo, per essere trasmesso sempre in usufrutto per cinque a venti generazioni.

65. La forma solenne nel contratto di matrimonio, p. e., è ragionevole sia ritenuta come condizione di esistenza, sia civilmente, sia religiosamente (1). Il bisogno di constatare e di tutelare la libertà dei contraenti, il complesso degl' interessi morali e sociali che si legano all' alta funzione del coniugio, non lasciano liberi gli sposi di contrarre matrimonio in una forma qualunque.

Salvi i gradi d' importanza e la diversità dell' indole e della funzione del coniugio, la scrittura, p. e. per la trasmissione di proprietà immobiliari, a vista della funzione e dell' interesse sociale di questo contratto, non vincolerebbe anche la libertà individuale circa alla scelta della forma? L' indole *immobile* e permanente della proprietà, la suscettibilità d' innumerevoli determinazioni pei limiti, per la libertà o no, per l' evizione, che si ha l' immobile, per la indole morale e non fisica del trasferimento della sua proprietà, e del suo possesso, pei terzi che nel tempo possono esservi interessati, per la difficoltà della memoria, dell' onestà dei testimoni a ritenere e deporre i patti orali, pel numero importante di queste convenzioni che hanno luogo nella vita e quindi della facile perturbazione pubblica della pace del diritto; tutto questo non solo giustifi-

---

(1) Il giure Canonico che guarda sempre alla essenza dei contratti facendo astrazione delle forme, pacta nuda servanda sunt, per cui ritenne per molto tempo valido il matrimonio contratto anche senza la presenza del parroco e dei testimoni, di seguito la ritenne, come condizione di esistenza,

ca la esigenza della legge a rinunziare ad ogni altra prova che non sia la scrittura; ma credo che basti per limitare anche la libertà individuale ed obbligare realmente i contraenti a non adoprare che la scrittura per quel genere di contratti. Se così, il manco di questa forma non farebbe sussistere l' obbligaziono naturale.

66. All' infuori di questi casi ritengo vero ciò che altrove affermai, che la forma dovrebbe ritenersi come avente sol funzione probatoria; il manco di essa farebbe civilmente inefficace il contratto, ma farebbe sussistere l' obbligazione naturale.

Però ritenendo la legge le nullità di cui è parola non sanabili da conferma o ratifica nè dalla *esecuzione* (1); questa non si ha alcuna efficienza civile, precipuo effetto dell'obbligazione naturale; non esistendo l'effetto non esiste la causa, e perciò taluni, fra cui il *Pescatore*, conchiudono che in questo caso esiste solamente dovere morale di cui la legge non fa conto alcuno (2). E altri, come il *Giorgi*, ritenendo che la irretrattabilità del pagamento si lega anche al dovere morale di coscienza, e non trovando per questo genere di doveri applicabile il concetto di cui è parola, distinguendo i doveri di coscienza in obbligazioni non riprovate e in obbligazioni riprovate dalla legge (*obligationes improbata*) ritiene i doveri sudetti appartengano a questa seconda categoria e spiega per ciò perchè e come non si applica ad essi la irretrattabilità del pagamento (3).

67. Il primo di questo concetto ritengo sia poco esatto scientificamente. Ammesso quell' ordine d' idee si tratterebbe non di dovere *morale*, ma di dovere *giuridico* verò e proprio, giusta quello che sopra si è osservato. E si potrebbe dire al più che vi sono delle obbligazioni naturali (e precisamente quelle che derivano da manco di formalità voluta dalla legge) che non hanno quella poca efficacia civile indiretta di ogni altra obbligazione naturale.

68. Quanto al secondo ritengo malissimamente applicato il concetto delle *obligationes reprobatae*. Ammettere che *esistano* doveri di coscienza che la legge riprovi è controsenso, la legge sarebbe immorale. Essa invece non fa che lasciarli alla libertà umana, ma non ardirebbe riprovarli. Quì la legge si limita a dire—in faccia a

---

(1) Art. 1309 cod. civ. it.

(2) PESCATORE, *op. cit.*

(3) GIORGI, *op. cit.* Vol. I, n. 61.

me non esistono che le obbligazioni le quali scaturiscono da scrittura ecc.—nè potea fare diversamente. Ma è mai venuto in mente al legislatore di vietare al debitore di L. 1000 l'adempimento del suo debito solo perchè deriva da un contratto verbale?—Certo che no. L'applicazione adunque è recisamente inesatta (1).

69. Io credo invece che anche per questi casi il giudizio e lo apprezzamento e quindi l'esecuzione dell'obbligazione naturale è lasciato alla coscienza del debitore, e all'apprezzamento del magistrato, ove occorre, per le sue conseguenze. La differenza consiste solamente nella *forma* dell'esecuzione, a cui vien legata la efficacia civile. Esprimerò meglio il mio concetto esaminando un caso concreto:

Un uomo che ha disposto per testamento del suo patrimonio, pria di morire si determina di fare un legato di L. 1000 a pro di una persona a cui vuol bene. Manifesta la sua volontà chiaramente e recisamente, fa chiamare il notaro, che non vien presto, frattanto s'insiste in quella volontà fino all' ultimo momento di vita, ma il notaro venendo lo trova già morto.—La volontà del testatore rimane senza efficacia civile.—L'erede però è conscio della volontà del testatore, sentesi obbligato di pagare quel legato, e lo paga di fatto. Credo che nessun magistrato ammetterebbe in queste circostanze la ripetizione di questo pagamento come indebito le-

(1) Presenta un altro caso di obbligazione riprovata; la promessa del padre di dare al figlio adulterino più degli alimenti.—Questo caso avrebbe maggiore parvenza di vero.—Ma anche qui il concetto è inesatto perchè in esso il legislatore non *riprova* il *dovere*; ma ritiene che *esista* il *dovere* di *non dare* più dei semplici alimenti, pel dovere che quel padre avrebbe in faccia la santità del coniugio. Faccio delle critiche fatte all' art. 767 a cui si riferisce il concetto; è una di quelle leggi che mentre mirano a colpire il vizio, la colpa, il colpevole; colpiscono esclusivamente l'innocente che avrebbe invece diritto alla tula del la legge.

Le *obligationes reprobatae* dei romani non erano doveri reali ed esistenti, ma pretese obbligazioni convenzionali, in opposizione alla giustizia affermata dalla legge ed alla morale, e questo concetto vige nelle legislazioni moderne. In un contratto per cui un uomo si vende ad un altro, o si obbliga ad atti immorali, le obbligazioni di cui è parola non costituiscono nessun legame, nè legale, nè naturale, nè etico, nè giuridico—Il che è tutta altro che affermare l'esistenza di un *dovere*, che trovi riprovazione nella legge.

gale; oppure applicherebbe ad esso le norme relative agli atti di liberalità; dunque siamo quì come in un caso qualunque di obbligazione naturale, quantunque si tratti non solo di manco di forma, ma di inesistenza del titolo a cui solamente in questo caso tiene la legge.

Ma non si tratta di legato di L. 1000 in danaro che *brevi manu* si consegnano, ma di un immobile dello stesso valore. L'obbligazione naturale è identica. Ma se l'erede la sente nella coscienza e vuole eseguirla davvero, non devesi limitare all'atto di consegna dell'immobile legato, come se si trattasse di un biglietto da L. 1000; invece deve dichiarare in atto scritto che conscio dell'atto di ultima volontà del testatore, si sente in obbligo di rispettare quella volontà, e in esecuzione di essa cede e consegna l'immobile *a*.. sito.. ec.... Nè si dica che quest'atto in faccia alla legge sta per sè indipendentemente dall'atto verbale d'ultima volontà del testatore; giacchè in qualunque evenienza quest'atto sarà giudicato dal magistrato esecuzione di obbligazione naturale, non ritrattabile, nè regolabile dalle norme degli atti di liberalità. Il principio dunque, rimane identico, muta solo per questi casi la *forma* della esecuzione.

§ 8.

Dell' importante funzione dell' istituto civile delle obbligazioni naturali.

70. Sono queste la legge e le conseguenze che dalla legge possono dedursi in fatto di obbligazioni naturali.—Intorno a ciò si son mosse due accuse contro il legislatore.

Di una si è parlato. Gli si rimprovera di aver affermato l'esistenza di obbligazioni naturali senz'essere civili mentre nelle moderne legislazioni non essendovi l'antico dualismo fra diritto civile e diritto naturale, non sono concepibili obbligazioni giuridiche, che non siano civili.

Ed ove esistessero, e molti concedono che esistono, il legislatore non dovea limitarsi a cennarle solo una volta, senza dir quali siano e senza farne applicazione alcuna. È questa la seconda accusa.

71. Quanto alla prima credo di aver mostrato il contrario. La perfetta eqauzione, a cui si accenna, non esiste, nè esisterà giammai; almeno fino a quando è possibile la mala fede e fino a che il diritto avrà bisogno dell'azione coattiva. Questo dualismo tende sempre più a diminuire, il diritto civile tende sempre a confondersi col diritto naturale; ma siamo ancor lontani da questo lusinghiero avvenire.

— Ma i legislatori lo pretendono, mostrano di credere che le loro leggi non riflettono che le leggi della natura. Almeno per amor di coerenza non dovrebbero parlare di obbligazioni naturali, che non siano civili.

— Se si avessero, osservo io, questa poco modesta, anzi sconfinatamente orgogliosa convinzione di aver saputo interpretare esattamente tutte le leggi giuridiche della natura, avrebbero per lo meno la coscienza che spesso il riconoscere o negare un'azione civile, soggettarla o no a prescrizione, ritenere o no certe *presunzioni* di diritto, più che da ragioni intrinsiche di giustizia deriva dal bisogno di eleminare dalla legge ogni funzione perturbatrice. E perciò il legislatore non può, per lo meno, ignorare che nella vita pratica la realtà può essere contraria alla presunzione della legge. E altra cosa è negare un'azione per *costringere* ad un pagamento che per utilità sociale vuolsi presumere pagato; altro è che il debitore avendo coscienza di non averlo pagato e lo paga di fatto, la legge non debba ritenere questo pagamento come estinzione di un vero debito, con tutte le conseguenze che derivano da questo fatto e da questo principio.

72. L'essersi poi contentato il legislatore di affermare l'esistenza di obbligazioni naturali, senza farne un elenco e senza farne applicazione a casi particolari, costituisce il merito del legislatore. Fece, nè più nè meno, di quel che dovea fare. Secondo me, sarebbe stranissimo ed incoerente che il legislatore *civile* ci desse un elenco di obbligazioni *naturali*. Si avrebbe ragione di dirgli « ma se avete coscienza che tali e tal'altre siano obbligazioni giuridiche perchè non vorrete affermarle come obbligazioni civili? » Bisogna ripeterlo, il carattere precipuo delle obbligazioni naturali nel senso in cui la discutiamo, è una certa *contrapposizione*, per usare la stessa parola del *Gabba*, alla legge positiva; se no, per l'art. 3° del titolo preliminare sarebbe civile vera e propria. E sarebbe quin-

di un controsenso che ce ne desse un elenco il legislatore, o facesse lui stesso delle applicazioni. Il legislatore deve aver coscienza in generale che la legge civile non sempre nè in tutti i casi esprime la giustizia e tutta la giustizia obbiettiva; è una necessaria modestia ch' egli deve sentire in generale; ma l' applicazione non può nè deve lasciarla che al giudizio della libera coscienza e della libera scienza (1). — Nè ammettendo questo ci è timore di perturbazione alcuna, perchè è affidata alla volontaria esecuzione dello stesso debitore nè quanto all'individuo è a temere che ne abusi a suo danno; l'uomo tale qual'è col suo egoismo e colle sue passioni non potrà; sconfinare nel ritenere un'obbligazione che non esista, o che fosse semplicemente dubbia, perchè sa che in *dubiis libertas*. Perchè si esiegua un'obbligazione bisogna che se ne abbia certa e profonda coscienza.

Al magistrato poi, per ciò che lo riguarda, non manca nemmeno a lui la voce della coscienza umana nè quella della scienza, e saprà apprezzare all'occorrenza l'indole del pagamento eseguito, se lo troverà in collisione coll'interesse dei terzi. D'altronde un numero non indifferente di queste obbligazioni scaturiscono da criterî certi: come quelle che derivano dalla cosa giudicata contrariamente al vero, di cui si ha coscienza, dal manco di condizioni legali di contratti, da prescrizione ec.—Sotto tutti gli aspetti quindi, non vi ha timore che la libera coscienza perturbi la realtà obbiettiva dell'ordine di giustizia.

73. L'istituto, di cui è parola, concepito dal legislatore nella più ampla generalità, non solo è secondo ragione, ma ha una grande importanza per la sua funzione nella coscienza e nella scienza e quindi nella vita. E ciò non tanto pei pochi casi in cui ci avrebbe bisogno d'invocare l' efficacia civile delle obbligazioni naturali, (chi ha pagato perchè sente la forza del dovere non è facile che pensi a ripetere il pagamento già fatto, neppure è facile la collisione coi

---

(1) Il legislatore austriaco nel sopracitato § 1432 in occasione della non restituzione dell' indebito, che ha molta relazione colle obbligazioni naturali, accenna a categorie diverse che specificano il principio, e sono; « debito estinto in forza della presunzione, o invalido soltanto per difetto di formalità, o per esigere il quale la legge non nega che il diritto di promuovere l' azione ». Convengo che questi accenni sono esatti al cospetto del diritto razionale, ma non ne comprendono tutti i casi possibili. La latitudine quindi lasciata al giurista dal nostro legislatore e dal legislatore francese credo sia preferibile.

diritti dei terzi) ma pel principio medesimo affermato; e i principî, specialmente se veri, son fecondi di pratici risultati; agiscono lentamente se si vuole, ma efficacemente nella coscianza e nella vita.

Esso è eminentemente educativo; è la stessa legge che fa intravedere obbligazioni di giustizia al di là della legge e sanziona il principio, ch' è daltronde nella coscienza universale, non essere la vita umana interamente giusta conformandosi solamente alla *legalità*.

E anche un autorevole appello che richiama gli uomini al rispetto pratico del diritto, solo per la forza morale intrinsica al diritto medesimo. La legge coopera così ad elevare gli uomini al grande ideale in cui il diritto avrebbe tutta la sua efficienza, senza la coazione dello stato, che *Spencer* chiamò un *male* necessario. Ed è questa una necessità che devesi sempre ridurre e menomare fino a farla possibilmente sparire in un avvenire comunque lontano. I *pratici* ridano di queste *ingenue* aspirazioni; ma la pratica dell' umanità che si scorge nella storia, ci rivela abbastanza che si cammina per questa via. Ed ogni elemento che coopera a raggiungere questa meta deve tenersi caro.

74. Ma la maggiore importanza dell' istituto, di cui è parola, non è questa. Consiste nell' influenza ch'esso deve esercitare ed esercita nella mente dei cultori del diritto positivo e dei magistrati che devono applicarlo.

Si sa di qual rispetto vien circondata la legge positiva, la *maestà* delle leggi s' impone, come qualche cosa che non deve discutersi; in Roma le XII Tavole venivano custodite religiosamente nel tempio come qualche cosa di sacro ed intangibile. E il rispetto alla legge non è solo un dovere, e anche una necessità, è un bene. Per quanto però il rispetto è ragionevole, per altrettando è irragionevole l' idolatria alla legge umana solo perchè legge.—E chiamo idolatria la pretesa di non vedere la giustizia che nella legge, nulla di giusto al di qua o al di là della legge, l' equazione assoluta ed indiscutibile fra legge e giustizia.

Intanto il dovere, per ragion di ufficio e di studi, cercar sempre il giusto alla stregua della legge, poco per volta crea quest'abito idolatrico. A meno che non si tratti di una mente nutrita di forti studii di filosofia e di storia del diritto. E così un diritto o un

dovere che non derivi dalla legge, o con essa non armonizzi, è *a priori* una chimera. Fino alla vigilia del giorno in cui il legislatore stesso, convinto dell' ingiustizia di una legge, la riforma o l'abroga, i giuristi a cui accenno, *più realisti del re* ne scorgevano e ne peroravano la giustizia. Non dico che una legge qualunque fino a tanto che non si abroghi debba non essere dal magistrato applicata, *dura sed lex*; ma altro è *applicarla* solo perchè legge, altro è *crederla*, sforzarsi a crederla e a farla credere giusta o espressione della giustizia obbiettiva.—Con questo criterio nella legge più che allo spirito si guarda alla lettera e con servile interpretazione si peggiora il concetto stesso del legislatore, i larghi orizzonti di equità a cui il contesto e lo spirito della stessa legge, non sarebbero contrarii, sono orizzonti misconosciuti; mettere l'istituto servilmente interpretato in armonia colla sua storicità e colla libera scienza, sarebbe un pretendere troppo.—Il concetto del giurista filosofo trova in costoro fervente opposizione, le riforme più giuste vengono avversate, il giusto trionferà, ma questo trionfo spesso è ritardato di secoli.

75. Questo inconveniente piglia proporzioni più notevoli per la *codificazione* delle leggi positive. Io non entro in questa pur troppo seria quistione dei danni o dei vantaggi di ridurre in codice il diritto civile. *Savigny* l'avversò (1) e recentemente il *Gabba*, quantunque non abbia trattato di proposito il tema, ha rivolto a questo sistema poderosi attacchi nell'interesse scientifico, come egli disse, ma le sue osservazioni si possono egualmente applicare all' interesse intrinseco del giure; ed io l'applico al profilo speciale che sto discutendo.

Altro è difatti attingere la conoscenza delle obbligazioni civili al giure comune come si rivela nella coscienza dell' umanità e nella coscienza nazionale, nella storia, nella giurisprudenza, che riflettono latamente la progressività le attenuanze le sfumature, direi, le pieghevolezze del giure civile, altro è pretendere attingerlo alle formole in cui credesi di averlo ridotto e *condensato* tutto e in tutti i suoi aspetti e nella sua intensità e nella estensione propria

---

(1) V. il suo scritto: « *Della vocazione del nostro secolo in opera di legislazione e giurisprudenza* » contro Thibaut.

di ogni rapporto e di ogni contingenza possibile. La prima conseguenza è la facile arroganza in molti d' esser civilisti col solo studio di un libretto che si chiama codice, e la facile astrazione che deriva delle larghe fonti a cui prima sentivasi il bisogno di attingere il diritto (1).

Ma, quel ch'è peggio, sotto il profilo speciale che discutiamo, è che alla larghezza del giure civile, rivelato dalla coscienza dalla storia dalla scienza, si sostituisce l' angustia della *formola* dell'articolo, della frase, financo della dizione adoprata in seno ad una commissione, che per quanto sia autorevole, la sua autorità non si può confondere con quella della coscienza umana e nazionale; e qualunque siasi la sua valentia a' tradurre questa coscienza in formola, non riuscirà giammai adequatamente. E quella commissione imprime nella frase dell' articolo il concetto di scuola, i convincimenti personali, l' impressione del momento in cui si codifica, non escluse le passioni politiche di quel momento; e l' esperienza cel prova pur troppo. E talvolta è solo la maggioranza di un voto, in quella stessa commissione, che decide e se tal concetto o il suo contrario debba o no aver forza di legge. — Quel codice intanto è divenuto il vangelo della giustizia; oltre di quelli articoli, o senza l' armonia con quegli articoli, non vi ha giustizia. — Comprendo anch' io che i veri giureconsulti non idolatri, non si limiteranno a quel libro, anzi lo interpreteranno coi principi eterni del giure, coi criteri della scienza, tutto questo però sino a certi limiti. Ma gl' idolatri a cui ho accennato, fanno sempre più angusto il diritto positivo, e la condizione che deploravo non può che peggiorare.

---

(1) Quanto, per le codificazioni, si ci perda nell'interesse scientifico, osserva il GABBA, « ognuno se ne può convincere solo al pensare alle differenti condizioni della giurisprudenza forense e della scienza del gius civile fra la Toscana che fino al 1866 non ebbe codice civile, e le altre provincie d' italia governate da codici....., oppure al confrontare gli stessi più valorosi commentatori del Codice Napoleone coi grandi giureconsulti francesi dei tempi anteriori, che si chiamarono CUIACCIO, TIRAQUELLO, DONELLO, POTHIER — « E quale ventura per la scienza, esclama egli stesso, che GIULIO CESARE non abbia potuto anticipare l'opera di GIUSTINIANO! Noi avremmo bensì i responsi di SCEVOLA, di S. RUFO, di VARO, TREBAZIO e TUBERONE, ma profitteremmo noi delle feconde lotte fra *Proculeiani* e *Sabiniani* e della sapienza di PAPINIANO, di ULPIANO e di PAOLO ? » — (*Concetto del dir. civ. — Piano di una trat. sist. del dir. civ. it.*)

76. In questa posizione di cose deve reputarsi di non lieve importanza una solenne dichiarazione fatta ai cultori e ai rappresentanti del diritto positivo dal medesimo legislatore nell' art. 3° del titolo preliminare al codice; egli dice a loro. « Badate a non confondere la legge da me emanata con tutta la giustizia; vi ha una serie di diritti che voi non troverete in essa, bisogna vi eleviate ai principî razionali del diritto che risplendono nella coscienza universale, che si rivelano nella vita giuridica dei popoli; voi non potete nè dovete scindere lo studio del diritto positivo dello studio della filosofia e della storia del diritto ». — E il legislatore va oltre, con l' ar. 1237 dice: « Badate pure che non solo vi son diritti di cui la legge non fa menzione; ma ve ne sono di quelli a cui talvolta possono essere contrarie le affermazioni della legge stessa, non vogliate confondere sempre la legge colla giustizia reale. Avrà la mia legge tutta la sua efficacia fino a che non l'avrò riformata o abrogata, ma nella vostra coscienza non può ne devè avvenire la confusione del giusto legale col giusto reale ».

Di fronte a così esplicite dichiarazioni non si dovrebbe essere tanto tenaci, nè si dovrebbe deplorare il servilismo a cui si è cennato. E se il rispetto alla legge è vero, bisogna che si restringa infra i limiti segnati dalla legge stessa.

77. Non separando lo studio del diritto positivo dallo studio del diritto razionale della natura, anzi tutto non sgregati articoli si troveranno nel codice; ma un tutto organico, e in questo organismo si troverà lo spirito ch'è vita. *La lettera uccide, lo spirito vivifica*; divinamente fu detto.

Nella interpretazione della legge positiva si avrà più sicurezza non solo, ma libertà dottrinale filosofica, e arditezza di raziocinio giuridico, per dirla col Pescatore, che ne concede più alla scuola, che non al magistrato (1). Nel diritto razionale si avranno i criterii per distinguere nelle leggi quelle che sono conseguenze logiche dei principii del diritto da quelle ispirate da contingenze e da utilità sociale, per applicare le prime colla massima latitudine, le seconde colla minima possibile. Trovando leggi che prese alla lettera ripugnerebbero ai principî del diritto razionale si tenterà prima di rifugiarsi nel contesto, in articoli analoghi, nello spirito stesso della legge per aversi

(1) Pescatore, *Fil. e Dottr. Giur.* pag. 129.

l' armonia di essa colla giustizia naturale; così sarebbero smorzate quella scabrosità che urterebbero la coscienza. Spesso la elasticità della parola si presta a questa funzione. E quando nella mente non si ha la deplorevole confusione del giusto reale col giusto legale, e si legge il diritto positivo a traverso il prisma del diritto razionale, spesso si crede di trovare nella legge ciò che non ci è, si restringe o si elarga un'applicazione più che coi criterii scritti con quelli del diritto razionale. Come spesso la *moralità* in una causa la vince sulla rigorosa *legalità*; così nella interpretazione della legge la ragione e la coscienza la vincono sul significato più appariscente o spontaneo della legge stessa. Questa interpretazione forse non risponderà all' intimo pensiero del legislatore, il quale potrà mostrarsene adontato se volete, come se ne mostrò adontato *Napoleone* quando vide pubblicato il primo volume del Commento al suo Codice del *Locrè*, fino ad esclamare: *mon code est perdu* ! — Sì, poteva essere perduto il concetto *personale* di Napoleone, ma poteva valere il richiamo del concetto vero del giusto, che nella mente di lui era stato misconosciuto. — Se la legge positiva non risponde a giustizia, e la magistratura ha la coscienza illuminata dal giure filosofico, e non fa sinonimo l' uno e l' altro diritto, lentamente quella legge subisce delle profonde modifiche mercè conati non concordati, ma che sorgono spontanei nella coscienza dei magistrati, e con più arditezza in quella degli scrittori; che rispondendo a verità si trovano di fatto concordi e la *giurisprutenza* spesso è più all' unisono col diritto razionale che non col diritto positivo. Sono quei *conati*, che rispondono agli sforzi, che in nna sfera molto più larga faceva il pretore romano, che arrivava fin' anche a *fingere* condizioni reale, che non esistevano, per salvare l' equità di fronte al rigorismo della legge che la negava.

Ma questi nobili conati non si potranno avere se nella coscienza del civilista o del magistrato ci è la confusione del giusto legale col giusto reale, che è contraria all' affermazione stessa della legge.

78. E quando la legge non farà possibili questi conati, vigendo nella coscienza del giureconsulto e del magistrato l' ingiustizia di quella legge, lo dirà il primo ch' è legge; l' applicherà con le attenuanze, che sono in suo potere, il secondo; ma si eleverà la voce della scienza, bandirà questa il suo apostolato, e lavorerà pel divenire

del diritto. E dall' intima filosofia che studia il diritto nella natura e nella coscienza, da cui le vere leggi sgorgheranno, si avranno le riforme che lentamente si compiono nell' umanità. La filosofia stoica, più tardi i principii del Cristianesimo illuminarono i giureconsulti di Roma che con lento lavorio trasformarono il *jus quiritium* nel *jus gentium*, e lasciarono a noi quegl' immortali concepimenti di diritto che dopo tanti secoli c' impongono rispetto.

79. E si noti che il progresso del diritto in Roma sorpassa le ordinarie leggi di evoluzione. Ripeto anche quì, che ci è più progresso dalle XII Tavole alla legislazione giustinianea. che da questa al Codice Napoleone e ai più recenti codici d' Europa. Quel progresso così eccezionale non si può attribuire al solo *carattere* romano, anche noi siamo figli di quel popolo, e non abbiamo rivelata tale progressività. Il cristianesimo vi esercitò una fecondissima influenza, e noi non abbiamo saputo trarre dall' idea cristiana tutto quel che di grande e di sublime, sotto l' aspetto giuridico sociologico ci è involucrato: appena in ciò, dopo tanti secoli, ci siamo un po' elevati al di sopra della legislazione giustinianea, e in parecchi istituti vi sottostiamo. E si noti che in fatto di progresso una conquista apre la via a cento altre, e pure il progresso del giure romano molto più antico che il nostro, in un tempo relativamente breve, è così meraviglioso da sorprenderci. — Ma d'onde adunque attingeva tanta forza evolutiva? — Dalla distinzione tra giustizia naturale e giustizia civile elevata a principio, elevata a funzione col *Pretore* romano. Il rispetto esagerato alle leggi scritte faceva immobile il *ius civile*, e questo non avrebbe riflesso il progresso spontaneo della coscienza giuridica romana, molto meno la rivoluzione cristiana. Il pretore, quest' eco vivente del moto della coscienza del giusto colle parvenze del rispetto alle leggi, per cui non si ardiva riconoscere un' azione ad esse contraria, quando l' *equità* obbiettiva veniva oppressa dall' angustia e dal rigorismo delle XII Tavole, accordava un' eccezione. Ma a principio, i suoi responsi erano senza efficacia civile; e pure era un gran bene la semplice dichiarazione dell' esistenza di un' *obbligazione naturale*, pur non vincolando civilmente. Ma quelle affermazioni non rimasero per sempre inefficaci; più tardi ebbero efficienza civile. E si conosce quale immenso contributo portarono gli editti pretoriali al progresso del giure romano. A quella istituzione devesi la stupenda tra-

sformazione di quel diritto, rispondendo sempre meglio alla coscienza universale del giusto obbiettivo, e alle nuove rivelazioni dei rapporti giuridici dell' incessante progresso della vita umana.

80. Nella società moderna non abbiamo un'istituzione corrispondente al pretore romano. È un bene o un male? Non lo discuto. Ma abbiamo almeno la sanzione della esistenza di obbligazioni naturali che non sono civili, pur facendo astrazione della poca ed indiretta efficacia civile che si hanno. La fecondità è nel principio: *vi sono obbligazioni naturali che non sono civili.* Con questa coscienza il magistrato moderno infra limiti, molto più angusti sì del pretore romano, può rendere grandi servigi a prò della giustizia obbiettiva nello elargare il campo della giurisprudenza con criteri molto più larghi, più filosofici, sempre più armonizzanti con l' equità obbiettiva, aspirando sempre ad elevare la legge ed accostarla al diritto eterno che deduce dalla coscienza e dalla natura.

Campo più largo si presenta ai professori del giure civile: che quando, riuniranno in se allo studio profondo del diritto positivo quello della filosofia del diritto, riveleranno i veri nuovi orizzonti delle legislazioni.

Per riepilogare quest' ultimo concetto dirò: l' art. 3 del titolo preliminare e l'art. 1237, che s'integrano a vicenda, sono la sanzione positiva del ben' inteso razionalismo giuridico, e così positivismo e razionalismo nel diritto. temperandosi ed integrandosi a vicenda, funzioneranno mirabilmente nell' interesse della scienza e dell' umanità.

SOMMARIO

§ 1.

§ 2.

§ 3.

§ 4.

§ 5.

§ 6.

§ 7.

§ 8.

ERRATA			CORRIGE
Pag. 14,	Lin. 22	ritengo	ritenga
» 24	» 8	medesimo	medesime
» 25	» 28	grato	grado
» 27	» 16	*Il.*	*Id*
» id.	» 19	CIVITANIS	CIVITATIS
» 31	» 4	viziata	viziato
» 34	» 28	omogenea	omogenee
» 36	» —	§ 3	§ 5
» 40	» 29	non comprendo	non comprende
» 45	» 30	soddisfare	soddisfazione
» 46	» 16	sussiste	sussista
» 49	» 2	ripugna alla coscienza del giusto che lo affermi ec.	ripugna alla coscienza del giusto. Che il legislatore affermi la prescrizione, per la funzione civile della legge, ha le sue ragioni; e pure
» id.	» 31	Tit. IN.	Tit. III
» 51	» 26	preceduto	proceduto
» 53	» 12	del fallito e	del fallito;
» 54	» 20	dall'ordine.	dell'ordine
» 55	» 10	constature	constatare
» 57	» 20	*improbata.*	*reprobatae*
» id.	» 21	spiega per ciò	spiega così
» id.	» 22	non si applica	non si applichi
» 58	» 28	(nota) Faccio.	Taccio
» id.	» 30	tula	tutela
» 66	» 28	reale	reali
» 67	» 17	involucrato	implicato

Al resto supplisca il cortese lettore.